Einfluß der Ehescheidung auf die Rechtsstellung der Kinder nach dem deutschen Ehegesetz unter Berücksichtigung der ausländischen Rechtsordnungen

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades
einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

vorgelegt von

Gerichtsreferendar Max Joos
aus Wernau Kreis Eßlingen

1939

Druck der Fr. Bühlerschen Buchdruckerei / Inh. Dr. Otto Weise
Urach (Württbg.)

Obmann: Professor Dr. Eißer
1. Berichterstatter: Professor Dr. Feine
2. Berichterstatter: Professor Dr. Blomeyer.

Tag der mündlichen Prüfung: 21. Oktober 1939.

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Meinen lieben Eltern!

Schrifttum.

Almasi, Anton, Ungarisches Privatrecht. Bd. I. 1922.

Amtliche Begründung in DJ 38. 1102 ff.

Apfelbaum, Paul, Die Ehescheidung, Voraussetzungen und Folgen nach neuestem Recht. 1938.

Auert, Das neue großdeutsche Eherecht. 1938.

Baumbach, Die Zivilprozeßordnung. 14. Aufl. 1938.

Bergenroth, Zweifelsfragen des neuen Eherechts in JW 38. 2706.

Bergmann, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht samt Nachträgen. Berlin 1938.

Biermann, Kommentar zum BGB. 1906.

Boschan, Siegfried, Europäisches Familienrecht (Ausland). Berlin 1937.

Crusen-Steuber-Anders-Lauterbach, Die Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr. Bd. IV. 2. Aufl. 1. Teil. Das Eherecht der europäischen Staaten und ihrer Kolonien. Berlin 1937.

Curti-Forrer, Eugen, Schweizerisches Zivilgesetzbuch mit Erläuterungen. Zürich 1911.

Danziger, Gerhard, Verträge zwischen Eltern über die Sorge für die Person ihrer Kinder. Diss. Leipzig 1908.

Drescher, Fritz, Rechtsstellung der Kinder aus geschiedenen Ehen. Diss. Leipzig 1935.

Erler, Ehescheidungsrecht und Ehescheidungsprozeß einschließlich der Nichtigkeitserklärung im Deutschen Reich. 2. Aufl. 1900.

Ehrenzweig, Armin, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. II. Bd. Familien- und Erbrecht. 6. Aufl. Wien 1924.

Fechner, Das Verfahren in Ehe- und Kindschaftssachen nach der VO vom 27. 7. 38. in JW 38. 2108.

— Zweifelsfragen des neuen Eherechts. in JW 38. 2709.

Foertsch, Vergleichende Darstellung des Code civil und des bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1897.

Ficker, Die Sondervorschriften für das Land Österreich in JW 38. 2095.

Frankenstein, Ernst, Internationales Privatrecht. 4. Bd. 1935.

Fritze, Die Wirkungen der Ehetrennung und Ehescheidung für Ehegatten und Kinder im modernen skandinavischen Recht. Leipzig 1935.

Gaedeke, Die gebührenrechtlichen Auswirkungen der verfahrensrechtlichen Änderungen in Ehesachen in JW 38. 2313.

— Die gebührenrechtliche Regelung des Verfahrens nach §§ 627, 627 b ZPO in JW 38. 2710.

— Besondere Kostenentscheidung in den Fällen der §§ 627, 627 b ZPO in JW 39. 673.

Habicht, Hermann, Internationales Privatrecht nach dem Einführungsgesetz zum BGB. Berlin 1907.

Heinsheimer, Die Zivilgesetze der Gegenwart. Bd. I. Frankreich. 1932.

Jonas, Martin, Die Zivilprozeßordnung. 16. Aufl. 1939.

Josef, Verträge geschiedener Gatten über die Kindererziehung. in Arch. f. ziv. Pr. Bd. 119 S. 403.

— Die Anordnung einer Pflegschaft für das Kind bei Erziehungsstreitigkeiten und die Anfechtung der Pflegschaft durch Beschwerde. in Arch. f. bürg. R. Bd. 26 S. 35.

Klang, Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch. 1933.

Knitschky, W. E., Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1899.

Lattermann, Eberhard, Die Regelung des persönlichen Verkehrs der Eltern mit ihren Kindern in ihrer heutigen Gestaltung. Diss. Greifswald 1917.

Lewald, Hans, Das deutsche internationale Privatrecht. Leipzig 1931.

Lizius, Max, Kinder aus geschiedenen Ehen. Diss. Würzburg 1908.

Lohmann, Das Recht des geschiedenen nicht sorgeberechtigten Ehegatten zum Verkehr mit seinen Kindern und seine Durchführung. in Gruch. Bd. 61 S. 22 ff.

Massfeller, Franz, Das neue Ehegesetz. Berlin 1938.

Meyer, Wieweit gelten für einstweilige Anordnungen in Ehesachen die Bestimmungen über einstweilige Verfügungen oder sonstige allgemeine Verfahrensvorschriften entsprechend? in JW 39. 464.

Motive zu dem Entwurf des BGB. Bd. 4. Familienrecht. 1888.

Niemeyer, Theodor, Das internationale Privatrecht des BGB. 1901.

Nöthling, F., Die Wirkungen der Ehescheidung und der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft. Diss. Rostock 1904.

Nußbaum, Arthur, Deutsches internationales Privatrecht. 1932.

Opet-Blume, Kommentar zum BGB. Familienrecht. Berlin 1906.

Palandt, Otto, Kurzkommentar zum BGB. 1939.

Pick, Michael, Kinder aus geschiedenen Ehen. Diss. Köln 1935.

Planck, Kommentar zum BGB. IV. Bd. Familienrecht. 4. Aufl. 1928. VI. Bd. Einführungsgesetz. 3. Aufl. 1905.

Pfundtner-Neubert, Das neue deutsche Reichsrecht. 1933 ff.

Reichsgerichtsrätekommentar zum BGB. 8. Aufl. 1935.

Rexroth, Das neue Recht der Ehescheidung in JW 38. 2080.

Rilk, Otto, Das neue Eherecht. Leipzig 1938.

Roquette, Hermann, Eheaufhebung und Ehescheidung. Berlin 1938.

Saniter, Otto, Die Wirkungen der Ehescheidung und der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nach dem BGB. Diss. Leipzig 1908.

Sauer, Das deutsche Eheschließungs- und Ehescheidungsrecht. 1909.

Scanzoni, Gustav, Das großdeutsche Ehegesetz. Berlin 1939.

Schlegelberger, F., Die Gesetze über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit für das Reich und Preußen. 5. Aufl. 1937.

— Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes. Herausgegeben von Schlegelberger. Bd. IV. 1933.

Schmidt-Bardeleben, Steht die Sorge für die Person eines gemeinschaftlichen Kindes, wenn sie dem einen geschiedenen Ehegatten nach § 1666 BGB entzogen ist, dem anderen Ehegatten zu? in „Recht" 1906. 994.

Seibert, Personensorge und Ehegesetz in DJ 39. 602.

Sieveking, Geht bei geschiedenen Ehen die Sorge für die Person der Kinder, wenn sie dem einen Ehegatten entzogen ist, auf den anderen Ehegatten, der seine elterliche Gewalt nicht verwirkt hat, von selbst über? in „Recht" 1906 S. 107.

Soergel, BGB nebst Einführungsgesetz. 6. Aufl. 1937.

Sperling, Victor, Kinder aus getrennten Ehen. Diss. Würzburg 1913.

Staud, Die einstweiligen Anordnungen in Ehesachen. in DJ 38. 1412.

Staudinger, Kommentar zum BGB. Bd. IV. 9. Aufl. 1926. Bd. VI. Einführungsgesetz. 9. Aufl. 1931.

Stölzle, Die Sorge für die Person des Kindes nach BGB. Diss. Würzburg 1912.

Strupp, Max, Die rechtliche Stellung von Kindern aus geschiedenen Ehen nach dem BGB. Diss. Leipzig 1912.

Volkmar, Das neue Eheschließungs- und Ehescheidungsrecht in DJ 38. 1118, 1145.

Wagner, Die Neuregelung der elterlichen Gewalt für das Altreich nach dem neuen Ehegesetz. in DJ 39. 412.

Wolff-Kipp, Familienrecht. 1931. 7. Bearbeitung.

Zachariae-Crome, Handbuch des französischen Zivilrechts. 3. Bd. 8. Aufl. 1895.

Zitelmann, Ernst, Internationales Privatrecht. 2. Bd. München und Leipzig 1912.

Abkürzungen.

AA	= Anderer Ansicht
ABGB	= Oesterreichisches allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
Arch.f.ziv.Pr.	= Archiv für zivilistische Praxis
Arch.f.bürg.R.	= Archiv für bürgerliches Recht
C.c.	= Code civil
DJ	= Deutsche Justiz
DR	= Deutsches Recht (Wochenbeilage)
DVO	= Durchführungsverordnung
EheG	= Ehegesetz
JW	= Juristische Wochenschrift.
KG	= Kammergericht
KO	= Kostenordnung
RG Bl	= Reichsgesetzblatt
RG	= Entscheidung des Reichsgerichts in Zivilsachen
ZdAkfDR	= Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZGB	= Schweizerisches Zivilgesetzbuch.

Inhaltsübersicht.

Einleitung 1

Kurze geschichtliche Darlegung des Einflusses der Ehescheidung auf das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern 3

1. Kapitel: **Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern und seine Beeinflussung durch die Scheidung im allgemeinen** 6

2. Kapitel: **Anwendungsbereich der gesetzlichen Bestimmungen** 10

3. Kapitel: **Einfluss der Ehescheidung auf die elterliche Gewalt** 14
1. Die Grundsätze für die Verteilung der Kinder . . 14
2. Die Rücksicht auf das Wohl der Kinder 16
3. Die Bedeutung des Schuldausspruchs 18
4. Das Sorgerecht bei Vorhandensein mehrerer Kinder 21
5. Übertragung des Sorgrechts auf einen Pfleger . . 22
6. Der Inhalt der Anordnung 25
7. Die Abänderung der Anordnung 32
8. Einfluß von Verwirkung, Ruhen und Entziehen der elterlichen Gewalt; Wiederverheiratung und Tod des sorgeberechtigten Ehegatten 33
9. Vertragliche Abmachungen 37
10. Das Verfahren 39
11. Vorläufige Maßnahmen 44

4. Kapitel: **Die Verkehrsbefugnis** 52
1. Allgemeines und rechtliche Natur 52
2. Die Regelung des Verkehrs 55
3. Vertragliche Abmachungen 59
4. Das Verfahren 59

5. Kapitel: **Einfluss der Ehecheidung auf den Unterhalt der Kinder** 60
1. Die Beitragspflicht 60
2. Vertragliche Abmachungen 64

6. Kapitel: **Uebergangsvorschriften** 67

7. Kapitel: **Internationales Privatrecht** 68

Einleitung.

Nachdem schon jahrzehntelang vergeblich an der Reform des Ehe- und Familienrechts gearbeitet worden war, ging erst der neue Staat mit Erfolg an die Gestaltung eines der nationalsozialistischen Welt- und Staatsauffassung entsprechenden einheitlichen Eheschließungs- und Ehelösungsrechts. Durch den Anschluß Österreichs an Deutschland war die Lösung dieser Frage noch dringlicher geworden. So ist bereits am 6. Juli 1938 das Gesetz über die Vereinheitlichung des Eheschließungs- und Ehescheidungsrechts verkündet worden, das am 1. August 1938 in Kraft getreten ist. Damit sind auf dem Wege zur Schaffung eines einheitlichen großdeutschen Ehe- und Familienrechts zunächst zwei Rechtsprobleme, die besonders nach einer Lösung drängten, vorweggenommen worden.

Die Grundsätze, von denen das neue Recht ausgeht, ergeben sich eindeutig aus der nationalsozialistischen Auffassung vom Wesen der Ehe. Ehe und Familie sind die Grundlagen des völkischen Gemeinschaftslebens, von deren Kraft und Gesundheit Wert und Bestand der Volksgemeinschaft abhängen. Die Ehe gilt nicht mehr als Vertrag, sondern als personenrechtliche Gemeinschaft mit besonderen Aufgaben für die Volksgemeinschaft. Die Lösung dieser Gemeinschaft kann daher nur möglich sein, wenn ihre Grundlagen nicht mehr vorhanden sind, und die Aufgaben für die Volksgemeinschaft nicht mehr erfüllt werden können.

Das Schicksal der Kinder aus geschiedenen Ehen hing nach bisherigem Recht in der Regel davon ab, wer von den Ehegatten nach den Feststellungen im Scheidungsurteil für schuldig gesprochen wurde. Darnach sollte also der schuldige Ehegatte durch die Fernhaltung von seinen Kindern gewissermaßen für seine Verfehlungen bestraft werden. Freilich konnte das Vormundschaftsgericht von dieser gesetzlichen Regel abweichende Anordnungen treffen; die Erfordernisse für die Zulässigkeit einer derartigen Anordnung waren jedoch viel zu schwerwiegend, so daß das Interesse der Kinder vielfach nicht gebührende Berücksichtigung finden konnte. Eine solche Regelung konnte daher in einem Familienrecht des heutigen Staates, der sich die Förderung der heranwachsenden Jugend besonders angelegen sein läßt, keinen Platz mehr haben.[1] Auch diese Frage bedurfte

[1] Amtliche Begründung in DJ 1938. S. 1102.

daher einer dringenden Neuregelung: Gerade die §§ 1635 und 1636 BGB sind in § 84 EheG aufgehoben und durch die §§ 81 und 82 EheG ersetzt worden; die übrigen Vorschriften aber über die elterliche Gewalt sind in Geltung geblieben. Die neuen Bestimmungen stellen also keine in sich geschlossene Regelung dar, sondern müssen im Zusammenhang mit den einschlägigen Vorschriften des BGB gelesen werden.

Die Aufgabe dieser Arbeit kann nun nicht darin bestehen, die gesamte Rechtstellung der Kinder nach der Scheidung der Eltern darzustellen, sondern soll sich darauf beschränken, die Abänderungen in der bisherigen Rechtsstellung der Kinder zu schildern, die infolge der Scheidung der Eltern eintreten, was insbesondere in den §§ 81 und 82 EheG behandelt ist. Zweck dieser Arbeit ist, das Neue aufzuzeigen, aber auch vom Alten zum Neuen die Brücke zu schlagen und zur Klarstellung der wichtigen Neuerungen, die das Ehegesetz gegenüber dem bisherigen Recht gebracht hat, ihren Teil beizutragen. In erster Linie soll die Regelung des Einflusses der Ehescheidung auf die Rechtsstellung der Kinder nach dem in Deutschland geltenden Recht dargestellt werden; dabei finden auch die in den neuerworbenen Gebieten geltenden Bestimmungen Berücksichtigung. Gleichzeitig wird die Regelung der ausländischen Staaten, soweit dies nach dem vorhandenen Schrifttum möglich ist, zum Vergleich herangezogen.

Es würde über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen, sämtliche europäischen Rechtsordnungen zu behandeln. Die rechtsvergleichende Untersuchung soll vielmehr auf einige besonders wichtige und typische Rechtskreise beschränkt werden. Es wird die Darstellung des Rechtskreises des französischen Code civil, sowie das Recht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches behandelt werden, ferner das Recht der uns nahestehenden Staaten Italien und Ungarn, und schließlich die Regelung in den nordischen Staaten, Norwegen, Schweden und Dänemark, wo das Wohl der Kinder besonders in den Vordergrund gestellt wird und darum vielfach in Reformvorschlägen als Vorbild herangezogen wurde.

Kurze geschichtliche Darlegung des Einflusses der Ehescheidung auf das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern.

I. Im ältesten römischen Recht fehlten hinsichtlich der Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern im Falle der Auflösung der ehelichen Gemeinschaft besondere Bestimmungen. Dies erklärt sich wohl daraus, daß die patria potestas ursprünglich ein reines Herrschaftsrecht des Hausvaters über das Kind war, mit Gewalt über Leben und Tod. Dieses Herrschaftsrecht diente ausschließlich den Interessen des Vaters und begründete keinerlei Pflichten gegenüber dem Kinde. Bei dieser Auffassung von der elterlichen Gewalt war es selbstverständlich, daß die verstoßene Frau mit dem Ausscheiden aus der patria potestas auch ihres lediglich tatsächlichen Einflusses auf die Kinder verlustig ging. Allerdings hatte diese Hausgewalt des Familienvaters im Laufe der Zeit erheblich an Bedeutung verloren. Schon seit der Kaiserzeit wurde die patria potestas immer mehr zugunsten der Mutter beschränkt und bereits Antoninus Pius (Dig. 43.30.1.3. und 3.3.) gewährte der Mutter nach der Trennung der Ehe ausnahmsweise ein Erziehungsrecht. Noch weiter gingen Diokletian und Maximian (Cod. Just. V. 24), indem sie für den Fall der Scheidung ganz allgemein dem Richter die Entscheidung überließen, bei wem die Kinder bleiben sollten. Justinian endlich bestimmte (Nov. 117 caput VII), daß als Richtlinie für die Beurteilung der Frage, wem von den geschiedenen Ehegatten das Recht der Erziehung der Kinder zustehen sollte, die Schuld des Vaters oder der Mutter maßgebend ist. Dieser Grundsatz konnte aber durchbrochen werden: Wenn der unschuldige Ehegatte der weniger geeignete war, so sollten die Kinder dem schuldigen Teil zugesprochen werden.[1] Die Unterhaltspflicht verblieb aber in jedem Fall dem Vater.

II. Auch nach ältestem deutschem Recht war die väterliche Gewalt über das Kind fast unbeschränkt, so daß sie grundsätzlich durch die Scheidung nicht beeinflußt wurde. Aber aus

[1] Knitschky S. 153 Anm. 2; Sperling S. 8; Lizius S. 14.

der munt des Vaters ergaben sich nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten gegenüber dem Kinde. Während das römische Recht in der väterlichen Gewalt wesentlich ein eigennütziges Herrschaftsrecht sah, hat ihr das deutsche Recht mehr den Charakter einer vormundschaftlichen Schutzgewalt zugemessen und auch der Mutter neben dem Vater in gewissen Grenzen die Sorge für die Kinder zugesprochen. Mit der wachsenden Selbständigkeit der Frau erlangte auch ihre Stellung den Kindern gegenüber größeren Einfluß. Im Falle der Scheidung blieb nach gemeinem Recht das Erziehungsrecht des Vaters an sich unberührt. War jedoch die Scheidung von ihm verschuldet, hatte die Mutter Anspruch auf das Erziehungsrecht, das sie aber durch Eingehung einer neuen Ehe wieder verlor. Auch konnte im Interesse der Kinder eine abweichende Anordnung getroffen werden.[2] Das väterliche Verwaltungs- und Nutznießungsrecht am Vermögen der Kinder blieb durch die Scheidung unberührt.

Ähnlich wie im gemeinen Recht war die Regelung im preußischen allgemeinen Landrecht von 1794. Hier war in Teil II Titel 2 §§ 92—100 bestimmt, daß das Erziehungsrecht grundsätzlich dem unschuldigen Ehegatten zusteht. Ausnahmsweise konnte auch hier der Richter nach freiem Ermessen — selbst unter Ausschluß beider Eltern — geeignete Anordnungen treffen. Für die Frage, ob und in welcher Art eine solche abweichende Regelung Platz greifen sollte, war in allen Fällen die Rücksicht auf das persönliche Wohl der Kinder maßgebend. Dem von der Erziehung ausgeschossenen Elternteil blieb unter gewissen Beschränkungen ein Verkehrsrecht, dessen Art und Umfang zu regeln dem richterlichen Ermessen vorbehalten blieb (§§ 101, 102). Es war auch bestimmt, daß die schuldige Mutter aus ihren Einkünften einen Beitrag zu den Kosten der Erziehung zu leisten hatte (§§ 103—107).[3]

Im Einklang mit dem gemeinen Recht und dem preußischen allgemeinen Landrecht bestimmten die meisten neueren Gesetzgebungen, daß die Erziehung gemeinschaftlicher Kinder aus geschiedenen Ehen dem nichtschuldigen Elternteil zustehen soll, daß von diesem Grundsatz jedoch nach dem Ermessen des Richters mit Rücksicht auf das Wohl der Kinder abgewichen, und die Erziehung auch dem schuligen Teil oder sogar einem Dritten übertragen werden kann. Andere Ehegesetzgebungen dagegen, wie die altenburgische Eheordnung (§ 284) und das sächsische BGB (§ 1749) überließen diese Frage mehr oder we-

[2] Lehmann Diss. S. 8, Pick S. 13.
[3] Pick S. 13, Sperling S. 10, Strupp S. 56, Stölzle S. 17, Lizius S. 15.

niger dem Ermessen des Gerichts.[4] Denselben Standpunkt vertrat das gothaische Ehegesetz für den Fall, daß nur ein Kind oder mehrere Kinder desselben Geschlechts vorhanden waren; sonst galt die Regel, daß dem Ehemann die Söhne, der Ehefrau die Töchter zur Erziehung zugesprochen werden sollten. Aber auch hier war im Interesse der Kinder eine anderweitige Regelung möglich. Das bayerische Landrecht wiederum enthielt keine Bestimmungen über die Erziehung der Kinder nach der Scheidung, da es eine Ehescheidung gar nicht kannte.

III. Den Vorschriften des gemeinen Rechts und der ihm nachgebildeten neueren Gesetzgebung folgend, ging auch das Bürgerliche Gesetzbuch vom 18. August 1896 von dem Grundsatz aus, daß die Scheidung auf die aus der elterlichen Gewalt sich ergebenden Befugnisse im allgemeinen ohne Einfluß sein soll. Auch hinsichtlich der Art und Weise, wie die tatsächliche Fürsorge nach der Scheidung neu zu regeln ist, war das BGB dem früheren Recht gefolgt. Es war danach der Schuldausspruch im Scheidungsurteil von ausschlaggebender Bedeutung. § 1635 BGB sprach schematisch dem unschuldigen Elternteil die Personensorge zu. Waren beide schuldig, so wurden die Kinder nach Geschlecht und Alter verteilt: Töchter sowie Söhne unter 6 Jahren standen der Mutter, Söhne über 6 Jahren dem Vater zu. Das Vormundschaftsgericht konnte allerdings aus besonderen Gründen eine abweichende Regelung treffen (§ 1635 Abs. 1 Satz 2), war aber nicht befugt, die Personensorge beiden Elternteilen zu entziehen und einem Dritten zu übertragen. Stets behielt der von der Personensorge ausgeschlossene Ehegatte das Recht des persönlichen Verkehrs mit dem Kinde (§ 1636 Satz 1 BGB). Das Vormundschaftsgericht konnte den Verkehr zwar näher regeln, aber nicht ganz ausschließen.

[4] Lehmann Diss. S. 8, Stölzle S. 19.

1. Kapitel.

Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern und seine Beeinflussung durch die Scheidung im allgemeinen.

I. Das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern beruht vorwiegend auf natürlich-sittlicher Grundlage. Kein Gesetz wäre imstande, die sich aus der Beziehung zwischen Eltern und Kindern für beide Teile ergebenden Rechte und Pflichten auch nur annähernd aufzuzählen. Das Deutsche Bürgerliche Gesetzbuch hat diese wechselseitigen Beziehungen nur andeutungsweise niedergelegt und einige Bestimmungen darüber getroffen, nämlich: „Das Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und dem Kinde im allgemeinen" (§§ 1616—1625) und „Elterliche Gewalt" (§§ 1626 bis 1698). In allen Rechtsordnungen wird das Rechtsverhältnis der Eltern zu den Kindern, solange letztere minderjährig sind und deshalb besonderen Schutzes bedürfen, unter dem Begriff der elterlichen bzw. väterlichen Gewalt zusammengefaßt. Je nachdem die Gleichberechtigung der Mutter neben dem Vater in den einzelnen Rechten anerkannt ist, wird dieses Verhältnis als elterliche bzw. väterliche Gewalt bezeichnet. Wie das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch (§§ 1626 ff.) kennen auch die Schweiz (Art. 276ZGB) und insbesondere die nordischen Staaten eine elterliche Gewalt, während eine Reihe anderer Staaten wie Frankreich (Art. 372 C. c.-puissance paternelle) [1], Belgien, Italien, Ungarn [2] und auch das im Lande Österreich noch geltende Recht [3] von einer väterlichen Gewalt sprechen.

Als Bestandteile der elterlichen Gewalt werden im Gesetz aufgeführt: Die Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes (§ 1627 BGB) und die Nutznießung am Vermögen des Kindes (§ 1649 BGB). Die Personensorge wiederum zerfällt in die tatsächliche Personensorge und in die rechtliche Vertretung des Kindes in den seine Person betreffenden Angelegenheiten: diese Zweiteilung ergibt sich aus § 1630 Abs. 1 BGB. Die tat-

[1] Heinsheimer zu Art. 371—387.
[2] Bergmann S. 811.
[3] Klang I zu § 139.

sächliche Personensorge umfaßt das Recht und die Pflicht, das Kind zu erziehen, zu beaufsichtigen und seinen Aufenthalt zu bestimmen (§ 1631 BGB). Eine der wichtigsten Seiten dieser Personensorge ist ohne Zweifel die Erziehungsgewalt. Sie enthält das Recht und die Pflicht, in einer den Interessen, den Fähigkeiten und Anlagen, sowie den sonstigen Verhältnissen des Kindes entsprechenden Weise für die körperliche, geistige und insbesondere auch sittliche Ausbildung des Kindes zu sorgen, dasselbe zu einem bestimmten Lebensberufe fähig zu machen und zur Erreichung dieses Zieles die Handlungen des Kindes zu leiten.[4] Dadurch soll das Kind zu einem brauchbaren, geistig und sittlich hochstehenden Menschen und Staatsbürger herangebildet werden. Zur Erziehung gehört insbesondere auch die Schulbildung und die Berufswahl. — Die rechtliche Fürsorge betrifft die gesetzliche Vertretung des Kindes in seinen persönlichen Angelegenheiten, z. B. Abschluß von Lehrlingsverträgen, Erhebung einer Privatklage bei Beleidigung des Kindes (§ 374 Abs. 3 StPO). Auch bei der Vermögenssorge kann man eine rein tatsächliche und eine rechtliche Seite unterscheiden; letztere umfaßt die Vertretung in Vermögensangelegenheiten.

Ähnlich wie im eben angeführten Deutschen Recht ist die Regelung auch in den anderen Staaten. Eine Ausnahme macht hier das Schweizerische Zivilgesetzbuch, das zwischen „Elterliche Gewalt" (Art. 273—282) und „Elterliche Vermögensrechte" (Art. 290—301) unterscheidet. Auch die Rechte der nordischen Staaten verstehen unter der elterlichen Gewalt lediglich die tatsächliche Personensorge und die damit verbundene Vertretung in persönlichen Angelegenheiten, während die Vermögenssorge und die Vertretung in vermögensrechtlicher Hinsicht unter dem Begriff der Vormundschaft zusammengefaßt werden, die grundsätzlich dem Vater zusteht.[5] Den nordischen Staaten ist auch die Nutznießung am Kindesvermögen völlig unbekannt.[6] Frankreich weist hier insofern eine Besonderheit auf, als die Nutznießung nur bis zum 18. Lebensjahr des Minderjährigen dauert, während im übrigen das Kind bis zum 21. Lebensjahr unter der väterlichen Gewalt steht.

II. Da durch die Scheidung nur die rechtlichen Wirkungen der Ehe als solcher aufhören, so ergibt sich von selbst, daß die

---

[4] Motive Bd. IV S. 750.

[5] Boschan S. 37, 151, 249; Fritze S. 112.

[6] Crusen S. 642, Fritze S. 112.

rechtlichen Beziehungen zwischen den Eltern und den Kindern sowie zwischen den Eltern untereinander in Ansehung der Kinder durch die Scheidung grundsätzlich nicht berührt werden. Denn diese Beziehungen setzen nicht ein Fortbestehen der Ehe, sondern nur eine Zeugung oder Geburt während der Ehe voraus. Deshalb kann durch die Ehescheidug das die Eltern mit ihren Kindern verknüpfende Blutsband niemals gelöst werden. Auch bleiben die Beziehungen zwischen Eltern und Kindern allgemeiner Art, die sich durch das ganze Leben des Kindes hinziehen, durch die Ehescheidung der Eltern unbeeinflußt und das Kind behält die Stellung eines ehelichen Kindes. Alle jene Beziehungen aber zwischen Eltern und Kindern, welche die Person des Kindes unmittelbar betreffen und eine direkte, räumliche wie geistige Beeinflussung des Kindes bedeuten, können von dem Augenblick ab, wo die eheliche Gemeinschaft und damit die gemeinsame Erziehung des Kindes - wie dies während Bestehens der Ehe der Fall war (§ 1634 BGB) — aufhört, nicht mehr in gleichem Maße fortbestehen. Jetzt löst sich naturnotwendig von der elterlichen Gewalt der Bestandteil los, der zu seiner Ausübung die eheliche Gemeinschaft voraussetzt, nämlich die Sorge für die Person des Kindes. Diese Personensorge muß daher völlig neu verteilt und einem Ehegatten allein zugewiesen werden. Insoweit stimmen alle Rechtsordnungen miteinander überein und räumen, wenn auch in verschiedener Art, der Scheidung einen Einfluß ein.

Abgesehen von dieser Erziehungsgewalt läßt eine Reihe von Rechten die elterliche Gewalt im übrigen, insbesondere also das Recht, die Kinder in ihren persönlichen Angelegenheiten zu vertreten, das Recht der Sorge für das Vermögen derselben und das Recht der elterlichen Nutznießung durch die Scheidung unberührt. In einzelnen Rechten allerdings erfährt die elterliche Gewalt auch in diesen Punkten Änderungen.

Der Unterhaltsanspruch der Kinder den Eltern gegenüber beruht auf der Verwandtschaft (vgl. §§ 1601 ff. BGB) und wird daher in den einzelnen Rechten durch die Scheidung grundsätzlich nicht berührt bzw. nur insofern, als der Beitrag des nicht unterhaltspflichtigen Ehegatten zu diesem Unterhalt neu geregelt werden muß.

Mittelbar berührt die Ehescheidung weiterhin die Arbeits- und Dienstpflicht des Kindes (§ 1617 BGB und § 144 ABGB [7]). An sich hat der Elternteil, der die Erziehung leitet oder den

[7] Klang II. 1 zu § 144, III. 1 zu § 142.

Unterhalt besorgt, das Bestimmungsrecht über die Dienste. Da während Bestehens der Ehe beide Elternteile erziehungsberechtigt sind, ist das Kind beiden gegenüber dienstpflichtig. Nach der Scheidung kann das Kind jedoch nur dem Elternteil dienstpflichtig sein, dem die Personensorge zusteht und in dessen Haushalt es erzogen wird.[8] Der mit der Personensorge Betraute hat auch das Recht der Vornamenserteilung.[9]

Was die religiöse Erziehung der Kinder anlangt, so bestimmt hierüber nach Deutschem Recht die freie Einigung der Eltern, soweit und solange ihnen die Personensorge zusteht, jedoch nicht mit bindender Kraft für das Kind über dessen 14. Lebensjahr hinaus (§ 5 Satz 1 des Gesetzes über die religiöse Kindererziehug). Aus §§ 1 und 2 dieses Gesetzes folgt, daß nach der Scheidung der Ehe der sorgeberechtigte Ehegatte allein über die religiöse Erziehung zu bestimmen hat. Nach österreichischem Recht dagegen bleibt die Regelung bezüglich der religiösen Erziehung der Kinder durch die Scheidung unberührt. Darnach folgen die Kinder, wenn beide Eltern demselben Bekenntnis angehören, ebenfalls diesem Bekenntnis. Gehören aber die Eltern verschiedenen Bekenntnissen an, so folgen die Söhne der Religion des Vaters, die Töchter der Religion der Mutter; doch können die Eltern vereinbaren, daß das umgekehrte Verhältnis stattfinden soll, oder daß alle Kinder der Religion des Vaters oder alle der der Mutter folgen sollen. Greift keine dieser Bestimmungen Platz, dann hat derjenige, dem die Erziehung über das Kind zusteht, auch dessen Religion zu bestimmen. Das Religionsbekenntnis von Kindern zwischen 7 und 14 Jahren kann überhaupt nicht geändert werden. Vom 14. Lebensjahr an hat das Kind allein das Recht der Änderung des Bekenntnisses (vgl Art. 140 ABGB in Verbindung mit dem Gesetz vom 25. 5. 1868).[10]

Der Wohnsitz des Kindes bestimmt sich auf Grund der ausdrücklichen Bestimmung des § 11 Abs. 1 BGB nach wie vor nach dem Wohnsitz des Vaters; denn die sorgeberechtigte Mutter hat nur das Recht, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen (§ 1631 BGB). Ebenso bleibt das Erb- und Pflichtteilsrecht der Kinder (§§ 1924 ff., 2303 ff. BGB) unberührt, und die Tochter behält den Anspruch auf die Aussteuer (§ 1620 BGB). Frankreich bestimmt in Art. 304 C. c. ausdrücklich, daß die Ehescheidung keinesfalls den Kindern eines der Rechte schmälern

---

[8] Drescher S. 36.
[9] Strupp S. 8.
[10] Klang II zu § 140.

darf, die ihnen durch die Gesetze oder durch den Ehevertrag zugesichert waren. Andererseits können sie auch keine Besserstellung erfahren. Daher sind die Rechte, die den Kindern nur für den Fall des Todes des Vaters oder der Mutter zustehen, auch nach der Scheidung von dieser Bedingung abhängig.

Wie das Deutsche Recht bestimmen auch die anderen Rechtsordnungen, daß die Kinder nach der Ehescheidung den Familiennamen des Vaters weiterführen, selbst wenn das Sorgerecht der Mutter zusteht und diese ihren früheren Namen wieder annimmt bzw. annehmen muß. Nach nordischem Recht ist es jedoch zulässig, daß die geschiedene Frau, die die Personensorge für die Kinder hat, auch ihren eigenen wieder angenommenen Mädchennamen mit Wirkung für die Kinder von der Behörde bestätigen lassen kann.[11]

2. Kapitel.

Anwendungsbereich der gesetzlichen Bestimmungen.

I. Im Gegensatz zu Deutschland einschließlich Österreich, Sudetenland und Memelland, wo seit Inkrafttreten des Ehegesetes nur noch die Ehescheidung zulässig ist, besteht in der Mehrzahl der Staaten neben der Ehescheidung die Einrichtung der Trennung von Tisch und Bett. Das italienische Recht wiederum kennt überhaupt keine Scheidung, sondern lediglich eine persönliche Trennung (Art. 148 Codice civile), aber ohne Rücksicht auf die Konfession, während im früheren Österreich nur für Katholiken die Scheidung unmöglich war (§ 111 ABGB). Nach früherem österreichischem Recht wurde allerdings gerade umgekehrt die Trennung von Tisch und Bett als Scheidung und die Auflösung der Ehe dem Bande nach als Trennung der Ehe bezeichnet. Der Einfachheit halber wird hier allgemein die vollständige Auflösung des Ehebandes als Ehescheidung, die Aufhebung der Wirkungen der Ehe unter Aufrechterhaltung des Ehebandes dagegen als Ehetrennung bezeichnet.

Hinsichtlich der Regelung der Verteilung der Personensorge über die Kinder gelten bei der Trennung der Ehe von Tisch und Bett die gleichen Bestimmungen wie für die Ehescheidung (Ungarn § 103 EheG, Gesetzesartikel XXXI, Schweiz Art. 156 ZGB, § 24 des dänischen Gesetzes über Unmündigkeit und Vormund-

[11] Fritze S. 161.

schaft vom 30. Juni 1922, § 9 des schwedischen Gesetzes über eheliche Kinder vom 11. Juni 1920, § 3 des norwegischen Gesetzes über die Vormundschaft über Unmündige vom 22. April 1927, Frankreich[1]. Die Ausführungen bezüglich der Ehescheidung gelten demnach auch für die Trennung von Tisch und Bett.

II. Die Vorschriften bezüglich der Rechtsstellung der Kinder nach der Scheidung gelten nur für das Altreich. In den neuerworbenen Reichsgebieten gelten grundsätzlich — auf jeden Fall zunächst noch — besondere Regelungen.

1. Österreich. § 107 EheG bestimmt ausdrücklich, daß die §§ 81 und 82 EheG noch nicht für das Land Österreich gelten. Dies hat darin seinen Grund, daß die großen deutschen Verfahrensgesetze, der allgemeine Teil des bürgerlichen Rechts und insbesondere das Kindschaftsrecht, dessen Bestehen § 81 EheG voraussetzt, in der Ostmark noch nicht eingeführt sind. Bei § 107 EheG handelt es sich aber lediglich um eine Übergangsvorschrift, und zwar — wie § 101 EheG bestimmt — bis die Rechtsvereinheitlichung seine Wirksamkeit überflüssig macht.[2] Für Österreich — mit Ausnahme des Burgenlandes, wo ungarisches Recht gilt — bleiben daher für die Rechtsstellung der Kinder aus geschiedenen Ehen die bisherigen Vorschriften des § 142 des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches von 1811 maßgebend, die in ihren Grundlinien mit denen des § 81 EheG allerdings weitgehend übereinstimmen. Es ist daher durchaus möglich, im Rahmen des § 142 ABGB die Richtlinien des § 81 EheG teilweise jetzt schon zur Anwendung zu bringen. § 142 ABGB gilt sowohl hinsichtlich der früheren Scheidung von Tisch und Bett und der Trennung der Ehe als auch bezüglich der nach dem neuen Ehegesetz geschiedenen Ehen. Auch in Österreich ist jetzt nur noch die Scheidung dem Bande nach möglich. Dieser Ehescheidung entspricht die frühere Trennung der Ehe dem Bande nach. Die Überführung der Scheidung von Tisch und Bett (sowohl der einverständlichen wie auch der nicht einverständlichen), bei der das Eheband aufrechterhalten blieb, in eine Scheidung dem Bande nach ist in § 115 EheG vorgesehen, wonach dies jeder der Ehegatten beim zuständigen Amtsgericht beantragen kann. Die Überleitung der Dispensehen ist in § 121 EheG geregelt; darnach gelten sämtliche mit Nachsicht eingegangenen Ehen als gültig, wenn nicht von einem Ehegatten bis 1. Januar 1939 unter bestimmten Voraussetzungen der Antrag auf Nichtigkeit gestellt wurde.

---

[1] Foertsch S. 27, Zachariae-Crome S. 162.

[2] Amtliche Begründung in DJ 38. 1112.

Im Burgenland gilt grundsätzlich das ungarische Eherecht, Gestezesartikel XXXI von 1894. Durch die Verordnung vom 29. Mai 1922 ist zwar im Burgenland das gesamte in Österreich geltende bürgerliche Recht eingeführt worden; gemäß § 9 Abs. 2 dieser Verordnung sollten aber im Burgenland „die in Österreich geltenden Bestimmungen über das Eherecht und über das Verfahren in Ehesachen" am 1. Januar 1924 nur dann in Kraft treten, „wenn nicht früher der burgenländische Landtag mit Beschluß verlangte, daß die in Geltung stehenden Bestimmungen auch weiterhin aufrecht bleiben". Einen solchen Beschluß hat aber der burgenländische Landtag am 22. Oktober 1922 gefaßt. Damit blieb im Burgenland das ungarische Eherecht in Kraft und hat auch jetzt zunächst noch Geltung.[3]

2. Sudetenland. Durch die Verordnung zur Einführung des großdeutschen Eherechts in den sudetendeutschen Gebieten vom 22. Dezember 1938 — RGBl. 1938 S. 1987 — wurde mit Wirkung vom 1. Januar 1939 das Ehegesetz auch im Sudetenland eingeführt (§ 1). Hievon sind jedoch u. a. gerade auch die §§ 79, 81 und 82 EheG ausgenommen worden (§ 17 der VO), so daß bezüglich der Stellung der Kinder aus geschiedenen Ehen das bisher dort geltende Recht weiterhin anzuwenden ist. Bisher galt dort, da es sich um ehemals österreichische Landesteile handelt, das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch, wobei allerdings durch Ehegesetz vom 22. 5. 1919 lediglich der § 142 ABGB neu gefaßt worden ist. Auch diese Regelung entspricht in ihren Grundsätzen durchaus dem § 81 EheG; auch ist das Gericht in diesem Rahmen weitgehend in der Lage, die Grundsätze des § 81 EheG jetzt schon zur Anwendung zu bringen. Wie § 4 der VO bestimmt, verliert § 17 seine Wirksamkeit, sobald sein Grund durch das Fortschreiten der Rechtsvereinheitlichung wegfällt. Es handelt sich also nur um eine vorübergehende Regelung.

3. Memelland. Auf Grund des § 4 des Gesetzes über die Wiedervereinigung des Memellandes mit dem Deutschen Reich vom 23. März 1939 — RGBl. 1939 S. 559 — ist mit dem 1. Mai 1939 im Memelland das gesamte deutsche Reichsrecht in Kraft getreten und damit auch das Ehegesetz.

4. Protektorat Böhmen und Mähren. Wie Art. 12 des Erlasses des Führers und Reichskanzlers über das Protektorat Böhmen und Mähren vom 16. März 1939 — RGBl. 1939 S. 485 bestimmt, bleibt im Protektorat Böhmen und Mähren das ganze dort geltende Recht in Kraft, soweit es nicht dem Sinne der Übernahme des Schutzes durch das Deutsche Reich wider-

[3] Rilk S. 96 und S. 299, Bergmann S. 461.

spricht. Da das Ehegesetz für Bestand und Gesundheit des deutschen Volkes von wesentlicher Bedeutung ist, ist davon auszugehen, daß es sich bei dem deutschen Ehegesetz um ein solches Ausnahmegesetz handelt und bereits jetzt grundsätzlich für die dortigen deutschen Staatsangehörigen Geltung hat. Dies ergibt sich aus dem Vorwort und ebenso aus Art. 2 des Erlasses, wonach auch die Bestimmungen zum Schutz des deutschen Blutes und der deutschen Ehre für anwendbar erklärt sind. Da aber das deutsche Kindschaftsrecht und auch die Verfahrensgesetze noch nicht gelten, ist ebenfalls wie im Lande Österreich auch im Protektorat Böhmen und Mähren von der Anwendung der §§ 81 und 82 EheG zunächst noch abzusehen. Darnach gilt noch das bisherige Recht, also das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch mit der Änderung des § 142 ABGB durch das Ehegesetz vom 22. Mai 1919, wie dies auch im Sudetenland der Fall ist.

III. Wie im ausländischen Recht gelten auch die Vorschriften der §§ 81 und 82 EheG nur für gemeinschaftliche eheliche Kinder, jedoch nicht für uneheliche und auch nicht für Stiefkinder. Dagegen finden sie Anwendung für Adoptivkinder, da nach § 1757 Abs. 1 BGB ein an Kindesstatt angenommenes Kind die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes des Annehmenden erlangt, wenn das Kind von einem Ehepaar gemeinschaftlich oder als Kind des einen Ehegatten von dem anderen angenommen wird (§ 1757 Abs. 2 BGB)[4]. Diese Bestimmungen gelten auch für Kinder nach Aufhebung der Ehe (§ 42 Abs. 1 EheG) und aus Ehen, die nach Todeserklärung infolge Wiederverheiratung aufgelöst sind (§ 45 EheG). Sie gelten weiterhin grundsätzlich auch nach Nichtigerklärung der Ehe (§ 30 Abs. 2 EheG; ebenso Art. 133 Abs. 2 des Schweiz. ZGB), sofern die Kinder als ehelich gelten. Die Kinder gelten nicht als ehelich, wenn die Ehe auf Grund des Gesetzes zum Schutz des deutschen Blutes und der deutschen Ehre, des Ehegesundheitsgesetzes oder des § 23 des Ehegesetzes für nichtig erklärt worden ist (§ 29 Abs. 1 EheG). Die Einrichtung der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, die nach § 1575 BGB an Stelle der Scheidung möglich war und die Ehe dem Bande nach bestehen ließ, kennt das neue Ehegesetz nicht mehr.

Die gesetzlichen Bestimmungen für die Verteilung der Kinder gelten für alle Scheidungen, gleichgültig aus welchen Gründen diese ausgesprochen werden. Eine Unterscheidung wie sie im früheren deutschen Recht der Fall war, wonach die Regelung des § 1635 BGB nur bei Scheidung wegen Verschuldens

---

[4] Knitschky S. 155 Anm. 3.

Anwendung fand, ist in keiner Rechtsordnung vorgesehen; auch das neue Ehegesetz ist davon abgegangen.

3. Kapitel.

Einfluss der Ehescheidung auf die elterliche Gewalt.

1. Die Grundsätze für die Verteilung der Kinder.

Bei der gesetzlichen Regelung der Frage, wem nach der Ehescheidung bzw. Trennung von Tisch und Bett die Sorge für die Person der Kinder zusteht, sind — im Großen und Ganzen betrachtet — zwei Gruppen staatlicher Rechtsordnungen festzustellen:

Die eine Gruppe stellt darauf ab, wer von den beiden Elternteilen im Scheidungsurteil für schuldig erklärt worden ist und überträgt die Erziehung grundsätzlich dem nicht schuldigen Ehegatten. Die andere Gruppe dagegen sieht überhaupt von der Aufstellung einer festen Regel ab und überläßt die Entscheidung dieser Frage weitgehend dem Ermessen des Prozeßgerichts bzw. des Vormundschaftsgerichts.

I. Der Verschuldensgrundsatz, also wer von den beiden Elternteilen die Schuld an der Scheidung trägt, ist maßgebend für die Frage der Verteilung der Kinder in Ungarn, Frankreich und Belgien. — In Belgien gilt das Bürgerliche Gesetzbuch von 1807, das im Anschluß an den französischen Code civil ergangen ist. Da bezüglich der Wirkungen der Ehescheidung auf die Stellung der Kinder grundsätzlich dasselbe gilt wie in Frankreich [1], braucht das Belgische Recht jeweils nicht besonders hervorgehoben zu werden. — Auch die frühere deutsche Regelung des § 1635 BGB war auf diesem Grundsatz aufgebaut.

1. Ist einer der Ehegatten für alleinschuldig erklärt, so steht die Sorge für die Person der Kinder grundsätzlich dem nichtschuldigen Elternteil zu. So Frankreich § 302 C. c. [2], Ungarn § 93 EheG, früheres deutsches Recht § 1635 Abs. 1 Satz 1 BGB. Doch verbleiben nach ungarischem Recht die Kinder unter 7 Jahren bei der Mutter, selbst wenn sie für alleinschuldig erklärt ist.

2. Sind beide Ehegatten bei der Scheidung für schuldig erklärt worden, so fallen alle Töchter und die Söhne nach ungarischem Recht unter 7 Jahren, nach früherem deutschen Recht unter 6 Jahren der Mutter zu und die übrigen Söhne dem Vater.

---

[1] Boschan S. 10.

[2] Heinsheimer zu Art. 302—304, Boschan S. 67.

3. Entgegen dieser grundsätzlichen Regelung sind allerdings die Gerichte befugt, im Interesse der Kinder jeweils abweichende Anordnungen zu erlassen. Keine Rechtsordnung hält jedoch hierbei so starr am Verschuldenprinzip fest und macht eine abweichende Anordnung von so schwerwiegenden Voraussetzungen abhängig, wie es gerade das frühere deutsche Recht im § 1635 BGB getan hat. Darnach konnte das Vormundschaftsgericht eine abweichende Anordnung nur erlassen, wenn eine solche „aus besonderen Gründen im Interesse der Kinder geboten" war. Vorausgesetzt war also, daß die Anwendung der Regel des § 1635 Abs. 1 Satz 1 BGB das Interesse des Kindes, sein leibliches oder geistiges Wohl, gefährden würde.[3] Die Übertragung des Sorgerechts auf eine dritte Person war nicht zulässig. Dazu kam noch, daß die gesetzliche Regelung des § 1635 Abs. 1 Satz 1 BGB ohne weiteres automatisch mit der Rechtskraft des Scheidungsurteils eintrat. Viel glücklicher dagegen ist im französischen Recht bestimmt, daß das Gericht auf Antrag der Familie oder des Staatsanwalts „zum Besten der Kinder" anordnen kann, daß alle oder einige der Kinder der Fürsorge des schuldigen Ehegatten oder gar einer dritten Person anvertraut werden (Art. 302 C. c.). Das Gericht kann demnach nach freiem Ermessen eine dem Wohl des Kindes entsprechende Entscheidung treffen. Auch in Ungarn ist der Richter befugt, „in offenkundigem Interesse" der Kinder abweichende Verfügungen zu erlassen und die Fürsorge über die Kinder einem Dritten zu übertragen (§ 93 EheG). Die Gerichte haben — wie nach § 1635 Abs. 1 Satz 2 BGB — von Amts wegen einzuschreiten; Frankreich allerdings setzt den Antrag der Familie oder des Staatsanwalts voraus.

II. Die übrigen Staaten und nunmehr auch die deutsche Regelung legen sich auf keine bestimmte Regel fest, sondern überlassen die Frage, wem die Personensorge über die Kinder nach der Scheidung zusteht, dem freien pflichtmäßigen Ermessen des Gerichts (sog. Ermessensgrundsatz). Dabei hat das Gericht in erster Linie auf das Wohl der Kinder abzustellen und unter Berücksichtigung der persönlichen Eigenschaften und sonstigen Verhältnisse der beiden Ehegatten festzustellen, wer von ihnen der zur Kindererziehung geeignetere ist. Nach schweizerischem (Art. 156 ZGB) und italienischem (Art. 154 Codice civile) Recht ist das Gericht bei seiner Entscheidung ganz frei und hat lediglich nach freiem pflichtmäßigem Ermessen entsprechend den Interessen der Kinder zu entscheiden; das schweizerische ZGB erläutert hierzu in Art. 4, daß der Richter seine Entscheidung nach Recht und Billigkeit zu treffen habe. In anderen

[3] Staudinger 1 zu § 1635, RGR Komm. 2 zu § 1635.

Rechtsordnungen wiederum sind für diese Entscheidung vom Gesetzgeber Richtlinien und bindende Maßstäbe für die Anwendung der richterlichen Ermessensfreiheit aufgestellt worden, wobei auch die Schuldfrage noch eine gewisse Rolle spielt.

2. Die Rücksicht auf das Wohl der Kinder.

§ 81 Abs. 1 Satz 2 des deutschen Ehegesetzes bestimmt, daß für die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts maßgebend ist, was nach Lage der Verhältnisse dem Wohl des Kindes am besten entspricht. Also nicht mehr Schuld oder Nichtschuld an der Zerrüttung der Ehe und nicht das Geschlecht der Kinder entscheidet — wie nach der bisherigen Regelung des § 1633 BGB —, sondern das Wohl der Kinder selbst ist bei dieser Entscheidung des Vormundschaftsgerichts in erster Linie zu berücksichtigen. Deshalb kann nur derjenige der Ehegatten mit der Sorge für die Person der Kinder betraut werden, welcher die bessere Eignung zur Kindererziehung hat und die größere Gewähr dafür bietet, die Kinder zu wertvollen, körperlich gesunden, seelisch sauberen und geistig hochstehenden Mitgliedern der deutschen Volksgemeinschaft heranzubilden.

Auch nach dem in Österreich zunächst noch geltenden Recht ist für die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts in erster Linie das Wohl des Kindes maßgebend, wobei ebenfalls in § 142 ABGB einige in Erwägung zu ziehende Gesichtspunkte aufgezählt werden, nämlich: Beruf, Persönlichkeit und Eigenschaften der Ehegatten sowie die Ursachen der Scheidung. Unter Berücksichtigung all dieser Umstände hat das Vormundschaftsgericht ebenso festzustellen, wer von den Ehegatten der zur Kindererziehung geeignetere ist, und diesem ist dann die Erziehungsgewalt zu übertragen.[1] Nach denselben Gesichtspunkten wie in Österreich ist die Verteilung der Kinder nach der Ehescheidung im Sudetenland und im Protektorat Böhmen und Mähren vorzunehmen. Auch die nordischen Staaten stellen darauf ab, wer von den Ehegatten der zur Kindererziehung geeignetere ist, worüber ebenfalls das Gericht nach freiem Ermessen zu entscheiden hat (Kap. III § 24 des dänischen Gesetzes über die Eingehung und Auflösung der Ehe vom 30. Juni 1922, § 9 des schwedischen Gesetzes über eheliche Kinder vom 11. Juni 1920, § 3 des norwegischen Gesetzes vom 10. April 1915).[2] Das norwegische Recht bestimmt außerdem, daß die kleinen Kinder grundsätzlich bei der Mutter verbleiben sollen, und ähnlich ordnet das dänische Ge-

[1] Ehrenzweig S. 210, Crusen S. 181, Klang II zu § 142.
[2] Boschan S. 36, Fritze S. 104, Crusen S. 637, 740.

setz an, daß Kinder unter 2 Jahren nur unter ganz besonderen Umständen von der Mutter entfernt werden sollen.

Bei der Beantwortung der Frage der Eignung der Ehegatten zur Kindererziehung hat der Vormundschaftsrichter von den konkreten Verhältnissen auszugehen. Hierbei sind in erster Linie die in der Person der Ehegatten liegenden Gründe, seine persönlichen Eigenschaften, insbesondere seine charakterliche und weltanschauliche Festigkeit ausschlaggebend. Besteht bei einem Elternteil die Gefahr, daß er das Kind entgegen den nationalsozialistischen Erziehungsidealen, gegen HJ und dergl., erziehen wird, so fällt dies schwer, wenn nicht maßgebend gegen ihn ins Gewicht. Auch die rassische Zugehörigkeit ist in diesem Zusammenhang entscheidend zu berücksichtigen. Ist z. B. einer der Ehegatten jüdischer Abstammung, so bietet stets der andere Elternteil die größere Gewähr für die ordentliche Erziehung des Kindes.[3] Schwere Charakterfehler wie Neigung zu Trunk und Spiel, Verschwendung und Unredlichkeit werden einen Elternteil grundsätzlich zur Kindererziehung ungeeignet machen. Schon im Scheidungsverfahren treten charakterliche und weltanschauliche Haltung ebenso wie die Lebensbewährung der Ehegatten als für die Erziehung ausschlaggebende Faktoren zutage. Auch können die Entscheidungsgründe unter Umständen ohne weiteres gewisse Anhaltspunkte geben; ansteckende Krankheiten oder auf geistiger Störung beruhendes Verhalten werden einen Ehegatten zur Personensorge im allgemeinen wohl unfähig machen. Ebenso können alle möglichen Begleitumstände, wie Wohnort der Eltern, Ausbildungsmöglichkeiten, Milieu, in das das Kind beim einen oder anderen Elternteil kommt, für das Wohl des Kindes von Bedeutung sein und entsprechende Berücksichtigung verlangen. Weiterhin sind, allerdings erst in zweiter Linie, äußere Momente wie die Lebensverhältnisse der Ehegatten zu berücksichtigen. Zu diesen äußeren, nur sekundären Momenten gehört auch unter Umständen die Erwerbstätigkeit eines Ehegatten, insbesondere der Frau. Nach der heutigen Auffassung von der Arbeit und der Stellung der Frau im Volke besteht eine allgemeine Verpflichtung zur Erwerbstätigkeit, soweit eine solche nach Würdigung aller Umstände von der Frau verlangt werden kann. Die Erwerbstätigkeit allein kann jedoch nicht zum Nachteil der Mutter ausschlagen. Zumeist ist auch der geschiedene Mann berufstätig, und weiter gibt es genügend Möglichkeiten, die Kinder während der Arbeitszeit in sichere Obhut zu geben, sei es, daß sie bei Großeltern, in NSV.-Kindergärten oder dergl. untergebracht werden. Ein Grund dafür, der erzieherisch ge-

[3] DJ 36. 692.

eigneteren, erwerbstätigen Mutter die Kinder nicht anzuvertrauen, wäre nur gegeben, wenn befürchtet werden müßte, daß die Mutter von diesen Möglichkeiten keinen Gebrauch machen und die Kinder sich selbst überlassen würde. Dies würde aber eine Verletzung ihrer Sorgepflicht bedeuten.

Andererseits dürfen Erwägungen aus der Person eines Elternteils wie z. B., daß er besonders an dem Kind hängt, keine Berücksichtigung finden, es sei denn, daß sich gerade daraus solche für das Wohl des Kindes bedeutende Gesichtspunkte ergeben, was im Einzelfall aufzuklären ist,

Der Vormundschaftsrichter muß weiterhin darauf bedacht sein, die Möglichkeit für eine einheitliche Erziehung zu schaffen. Ein Wechsel in der Person des Sorgeberechtigten wird in der Regel abträglich und nur dann zu verantworten sein, wenn das Kind mit Rücksicht auf sein zartes Alter zunächst bei der Mutter belassen werden muß, während für spätere Zeit die Übertragung der Sorgeberechtigung auf den Vater vorgesehen ist.

3. Die Bedeutung des Schuldausspruchs.

Auch soweit der Ermessensgrundsatz für die Verteilung der Kinder gilt, ist doch vielfach der Schuldausspruch im Scheidungsurteil noch von Bedeutung. So bestimmen die Rechtsordnungen der nordischen Staaten, daß bei der Verteilung der Kinder die Schuldfrage Wegweiser zu sein hat und daß dem nichtschuldigen Elternteil der Vorzug gegeben werden soll, wenn beide Ehegatten für die Kindererziehung gleich geeignet befunden werden (Kap. III § 24 des dänischen Gesetzes über die Eingehung und Auflösung der Ehe vom 30. Juni 1922, § 9 des schwedischen Gesetzes über eheliche Kinder vom 11. Juni 1920, § 3 des norwegischen Gesetzes vom 10. April 1915). Auch nach österreichischem Recht ist auf die Ursachen der Scheidung Bedacht zu nehmen, ohne jedoch an den Schuldausspruch des Scheidungsurteils gebunden zu sein. Die Ursachen der Scheidung sind daher nur insofern zu beachten, als aus ihnen ein Schluß auf die Eignung zur Führung der Erziehung gezogen werden kann.[1] Sind beide Elternteile in der Lage, die Erziehung zu besorgen, und erfordert die Rücksicht auf das Wohl der Kinder keine andere Zuteilung, so soll jedenfalls nur dem schuldlosen Ehegatten ein Vorzug gegeben werden; im allgemeinen aber sollten die Kinder dann gleichmäßig beiden Elternteilen zugesprochen werden. Mit Rücksicht auf § 81 Abs 2 EheG wird von dieser letzteren Regel grundsätzlich kein Gebrauch mehr zu machen sein, vielmehr werden alle Kinder einem Elternteil zuzuweisen sein.

[1] Klang II. 4. c zu § 142.

Noch weiter aber geht das deutsche Ehegesetz (§ 81 Abs. 3) und bestimmt den Schuldausspruch im Scheidungsurteil als bindenden Maßstab für die Anwendung der richterlichen Ermessensfreiheit. Darnach soll regelmäßig der Ehegatte, der allein oder überwiegend für schuldig erklärt ist, die Sorge für die Person des Kindes nicht erhalten. Diese Vorschrift könnte beinahe den Anschein erwecken, als ob das Gesetz wieder zu den Grundsätzen des früheren § 1635 BGB zurückkehren wollte. Leitgedanke ist aber hier nicht wie bisher die Bestrafung des schuldigen Ehegatten, sondern der Rückschluß aus der Scheidungsschuld darauf, daß der in der Ehescheidung für schuldig erklärte Ehegatte in der Regel auch für das Kind kein erzieherisches Vorbild und zum Erzieher weniger geeignet sein wird als der andere. Diese vom Gesetzgeber aufgestellte Vermutung muß also widerlegt werden und zwar müssen besondere Gründe dafür sprechen, die dennoch die Übertragung des Sorgerechts auf den schuldigen oder überwiegend schuldigen Ehegatten als dem Wohle des Kindes dienlich erscheinen lassen. Diese Voraussetzungen sind weit weniger schwerwiegend als die nach § 1635 Abs. 1 Satz 2 BGB, wo das Vormundschaftsgericht nur dann eine abweichende Anordnung erlassen konnte, wenn eine Gefährdung des Kindeswohls vorlag. Ob eine solche Anordnung nach § 81 Abs. 3 EheG zu treffen ist, ist nach rein objektiven Gesichtspunkten zu entscheiden. Diese besonderen Gründe können sowohl in der Person des Kindes (z. B. Krankheit oder Gebrechlichkeit) als auch in der Person des Elternteils oder in den häuslichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Elternteils liegen. Ist etwa die Scheidungsschuld von solcher Art, daß daraus ungünstige Rückschlüsse auf den Charakter, die Moral und den erzieherischen Einfluß des betreffenden Elternteils in keiner Weise gezogen werden können, so kann der Vormundschaftsrichter dem allein oder überwiegend schuldigen Ehegatten das Sorgerecht übertragen, wenn er bei sorgfältiger Prüfung der persönlichen und sachlichen Verhältnisse beider Ehegatten zu der Überzeugung gelangt, daß das Kind aus irgendwelchen besonderen Gründen bei dem schuldigen Teil besser untergebracht ist. Auf jeden Fall wird es in Zukunft nicht zu vermeiden sein, näher auf die Scheidungs- und Hintergründe einzugehen. Ebenso wird bei Scheidung aus den §§ 50—52 EheG und bei Widerklage aus § 49 EheG die Personensorge in der Regel dem gesunden, wenn auch allein schuldigen Ehegatten zu übertragen sein. Denn die Übertragung des Sorgerechts muß ohne Rücksicht darauf erfolgen, ob der andere Ehegatte die Erzieherpflichten schuldhaft oder ohne feststellbares Verschulden nicht erfüllen kann.

Als besondere Gründe, die eine Entscheidung im Interesse der Kinder nach Abs. 3 geboten erscheinen lassen, sind namentlich zu berücksichtigen: Gefährdung der Erziehung der Kinder in deutschem Geist; Vorliegen nichtdeutschen, namentlich jüdischen oder marxistischen Einflusses; erhebliche Schädigung der seelischen Entwicklung des Kindes; schlechter Einfluß des zweiten Ehegatten des bisher sorgeberechtigten Teiles; Unterbringung bei Dritten, mit dem Kinde nicht verwandten Personen, wenn der andere Teil das Kind bei sich erziehen könnte. Allerdings wird die Unterbringung in einer guten, die Erziehung des Kindes im nationalsozialistischen Geist gewährleistenden Erziehungsanstalt dem sorgeberechtigten Teil, namentlich dem Vater bei Söhnen, nicht verwehrt werden dürfen. Ebensowenig dürfte die Tatsache allein, daß ein Elternteil mit derjenigen Person, mit der er während Bestehens der Ehe ehewidrige Beziehungen unterhalten hat, eine neue Ehe eingeht, noch keinen besonderen Grund im Sinne des Abs. 3 darstellen.[2] Andererseits kann die bloße Bezugnahme auf allgemeine Erfahrungstatsachen (z. B. daß ein Kind im Alter von 3 Jahren stets bei der Mutter besser untergebracht ist als beim Vater) nicht als ausreichende Begründung erachtet werden.[3] Auch genügen nicht bloß Gründe der Nützlichkeit und Zweckmäßigkeit. Das Vormundschaftsgericht muß vielmehr die einzelnen Gesichtspunkte, worin es diese besonderen Gründe erblickt, bezeichnen und klar herausstellen. Der Schuldausspruch im Scheidungsurteil richtet sich nach den §§ 60 und 61 EheG. Darnach ist neben dem Alleinverschulden der Begriff des überwiegenden Verschuldens eingeführt worden, die beide hinsichtlich der Wirkungen gleichbedeutend nebeneinander stehen. Da das Gesetz (§ 60 Abs. 1 EheG) nur Schuldausspruch „im Urteil" verlangt und nicht ausdrücklich im Urteilstenor, so kann sich der Schuldausspruch auch aus den Entscheidungsgründen ergeben und braucht nicht unbedingt in der Urteilsformel enthalten zu sein, denn auch die Entscheidungsgründe sind Bestandteil des Urteils und zur Auslegung des Tenors heranzuziehen. Dies ergibt sich aus § 313 Abs. 1 Ziffer 4 ZPO.[4] Am zweckmäßigsten geschieht die Erklärung über die Schuld jedenfalls im Urteilstenor, wie dies im allgemeinen auch üblich ist.

Sind beide Ehegatten als schuldig anzusehen oder sind beide schuldlos, so hat keiner der Ehegatten die Vermutung für sich,

---

[2] KG in JW 35, 1440.

[3] Staudinger 1 zu § 1635.

[4] Soergel 1 zu § 1635, Strupp S. 12, Lehmann Diss. S. 14, Scanzoni 3 zu § 60. *A. A.* Planck 2 a zu § 1574, Erler S. 228.

daß er zur Erziehung der Kinder geeigneter ist als der andere Teil. Die Anordnung ist dann lediglich nach § 81 Abs. 1 und 2 EheG zu treffen.[5]

4. Das Sorgerecht bei Vorhandensein mehrerer Kinder.

Sind mehrere Kinder vorhanden, so soll die Sorge für die Person aller Kinder dem gleichen Elternteil übertragen werden, sofern nicht eine abweichende Regelung aus besonderen Gründen geboten und mit dem Wohl des Kindes vereinbar ist (§ 81 Abs. 2 EheG). Eine derartige Bestimmung ist in keiner anderen Rechtsordnung enthalten; die ausländischen Gerichte haben demnach freie Hand, die Kinder unter beide Elternteile aufzuteilen. Das französische Recht weist sogar ausdrücklich darauf hin, daß das Gericht alle oder einige Kinder einem Elternteil zuweisen kann (Art 302 C. c.).

Der deutsche Gesetzgeber geht bei seiner Anordnung davon aus, Störungen des Sippenbewußtseins und des familiären Zusammengehörigkeitsgefühls, soweit möglich, zu vermeiden. Er wertet hier die Vorteile der gemeinsamen Kinderstube und der Erziehung durch Geschwister so hoch, daß er Geschwister grundsätzlich nicht getrennt sehen will. Wer selbst im Kreise vieler Geschwister aufgewachsen ist, weiß, welch großen Wert er aus einer solchen Gemeinschaftskindheit mit ins Leben nimmt. Diesem höheren Gedanken hat die Erwägung zu weichen, daß es oft eine sehr große Härte ist, einem Vater oder einer Mutter von beispielsweise 4 oder 5 Kindern alle Kinder wegzunehmen. Andererseits wird vielleicht auch die Gefahr, alle Kinder zu verlieren, davon abhalten, sich unüberlegt und überstürzt scheiden zu lassen. Zudem wird derjenige Ehegatte, der zur Erziehung eines einzelnen Kindes der geeignetere ist, regelmäßig auch der geeignetere sein, mehrere etwa vorhandene Kinder gemeinschaftlich zu erziehen. Deshalb darf das Vormundschaftsgericht von diesem Grundsatz nur abweichen, soweit diese abweichende Regelung aus besonderen Gründen geboten und mit dem Wohl des betroffenen Kindes vereinbar ist.

Wenn eine Abweichung „aus besonderen Gründen geboten" ist, hat der Vormundschaftsrichter im Einzelfall auf Grund freien richterlichen Ermessens zu entscheiden. Während bei Abs. 1 und 3 die abweichende Regelung „dem Wohl des Kindes entsprechen" bzw. „dienen" muß — diese abweichende Formulierung erklärt sich lediglich aus sprachlichen Gesichtspunkten; ein gradmäßiger Unterschied besteht zwischen diesen beiden Wendungen nicht —,

[5] Apfelbaum S. 71.

müssen nach Abs. 2 die besonderen Gründe, die die abweichende Regelung gebieten, lediglich „mit dem Wohl des Kindes vereinbar" sein. Es handelt sich also gegenüber Abs. 1 und 3 um einen schwächeren Grad. Es können demnach in diesem Fall des Abs. 2 die „besonderen Gründe" auch solchen Umständen entnommen werden, die in der Person eines Elternteils liegen; z. B. Pflegebedürftigkeit eines Elternteils; der Wunsch des nichtsorgeberechtigten Vaters, von mehreren Kindern den ältesten Sohn und Erben in seinem Geschäft zu haben. Es ist auch der Fall denkbar, daß einer der Söhne ein ganz spezielles Talent vom Vater geerbt hat und daß es daher im Interesse des Sohnes liegt, ihn vom Vater aufziehen zu lassen, damit ihm dieser gleichzeitig Lehrer und Meister sei. Auch beim Erbhofbauer kann ein solcher Grund hereinspielen, wenn es hier nicht überhaupt geboten erscheint, sämtliche Kinder auf der heimatlichen Scholle aufwachsen zu lassen.[1] Ferner wird ein Kind in den ersten Lebensjahren zweckmäßigerweise der Mutter belassen, auch wenn die älteren Kinder dem Vater zugeteilt sind. Umgekehrt kann es erforderlich sein, die Sorge für den Jungen, der die starke Hand des Vaters braucht, dem Vater zu übertragen. Auch die Charaktereigenschaften der Eltern und Kinder und die verschiedene Zuneigung der Eltern zu den Kindern, insbesondere die Abneigung gegenüber einem Kinde, kann eine abweichende Regelung rechtfertigen. Eine solche kann auch deshalb geboten sein, weil die wirtschaftliche Kraft des einen Elternteils zur Unterhaltung und richtigen Erziehung mehrerer Kinder nicht ausreicht, oder weil sich bei besonders gerichteter Begabung eines Kindes gerade für dieses eine Kind bei dem anderen Elternteil eine besonders gute Ausbildungsmöglichkeit ergibt.[2]

In besonderen Ausnahmefällen kann also das Sorgerecht für einen Teil der Kinder dem Vater, für einen anderen Teil der Mutter übertragen werden. Daß das Sorgerecht für ein Kind einem Elternteil, für ein anderes Kind einem Pfleger übertragen wird, ist an sich möglich, wird aber kaum in Betracht kommen.

5. Übertragung des Sorgerechts auf einen Pfleger.

Im schweizerischen Recht und auch in den im Lande Österreich, im Sudetenland, Protektorat Böhmen und Mähren geltenden Rechtsordnungen sind keinerlei Bestimmungen enthalten, daß das Sorgerecht über die Kinder beiden Elternteilen entzogen und einem Dritten übertragen werden kann. Die Gerichte sind daher nicht befugt, eine derartige Anordnung zu erlassen. Auch

[1] Scanzoni 9 zu §§ 81/82, Maßfeller II. 3. b zu § 81.
[2] Auert 3 zu § 81.

nach früherem deutschen Recht war das Vormundschaftsgericht nicht in der Lage, im Rahmen des § 1633 Abs. 1 Satz 2 BGB einen Pfleger mit der Personensorge zu beauftragen.[1]

Wie das nunmehrige deutsche Ehegesetz (§ 81 Abs. 4) enthalten auch das französische (Art. 302 C. c.) und italienische (§ 154 Abs. 2 Codice civile) Recht und ebenso das ungarische Ehegesetz (§ 93) die ausdrückliche Bestimmung, daß das Gericht auch befugt ist, das Sorgerecht über die Kinder auf eine dritte Person bzw. einen Pfleger zu übertragen. In den nordischen Staaten liegt hierüber zwar keine ausdrückliche Regelung vor, doch ist nach der ganzen auf das Wohl der Kinder abgestellten Einstellung anzunehmen, daß das Gericht auch einen Dritten mit der Personensorge beauftragen kann. Eine Anordnung im schwedischen Recht (§ 15 des Gesetzes über eheliche Kinder) deutet sogar darauf hin; denn es ist dort bestimmt, daß beide Elternteile zur Zahlung eines Unterhaltsbeitrages verpflichtet sind, wenn keiner der Eltern die Fürsorge für die Kinder hat. Im allgemeinen verdient allerdings das natürliche, auf blutmäßiger Abstammung beruhende Verwandtschaftsverhältnis in erster Linie Beachtung, so daß von dieser Möglichkeit erst dann Gebrauch zu machen ist, wenn keiner der beiden Elternteile für die Erziehung der Kinder in Frage kommen kann. Die Beauftragung einer dritten Person mit der Personensorge macht der Gesetzgeber daher vielfach von besonderen Voraussetzungen abhängig. Frankreich und Ungarn stellen zwar kein besonderes Erfordernis auf, sondern überlassen es dem Ermessen des Gerichts, ob im Einzelfalle die Personensorge im Interesse der Kinder auf eine dritte Person zu übertragen ist oder nicht. Nach italienischem Recht dagegen kann das Gericht nur „aus wichtigen Gründen die Unterbringung in einer Erziehungsanstalt oder bei einer dritten Person" anordnen (Art. 154 Codice civile).[2] Noch weiter aber geht die deutsche Regelung, die bestimmt, daß das Vormundschaftsgericht die Sorge für die Person der Kinder nur dann einem Pfleger übertragen kann, wenn dies „aus besonderen Gründen zum Wohl des Kindes erforderlich" ist (§ 81 Abs. 4 EheG).

In diesem Absatz 4 liegt gegenüber Absatz 1 und 3 des § 81 EheG abermals eine Steigerung. Es ist für die Entwicklung des Kindes meist ein ungünstiger Umstand, wenn seine Erziehung nicht den Eltern überlassen werden kann. Sofern daher die Übertragung des Sorgerechts auf einen Dritten vermieden werden kann, muß dies geschehen. Die Bestellung eines Pflegers muß also das Wohl des Kindes gebieterisch erfordern, was nur dann

[1] Staudinger 1. c. β zu § 1635, Planck 4. b zu § 1635, Strupp S. 29, Erler S. 152. *A.A.* Fränkel S. 134, Lizius S. 45, Pick S. 43.

[2] Boschan S. 115.

vorliegen wird, wenn das Wohl des Kindes bei jedem Elternteil in körperlicher, geistiger oder seelischer Hinsicht gefährdet wäre. Nur dann wird in der Regel angenommen werden können, daß die Übertragung des Sorgerechts auf einen Pfleger zum Wohle des Kindes erforderlich ist.[3] Ein schuldhaftes Verhalten des Elternteils und eine schuldhafte Gefährdung des Kindes braucht aber nicht vorzuliegen. Insoweit unterscheidet sich § 81 Abs. 4 EheG von dem in § 1666 BGB behandelten Tatbestand, den er im übrigen für die Zeit nach Auflösung der Ehe im weitesten Umfang ersetzen wird.

§ 81 Abs. 4 EheG spricht zwar nur von der Übertragung des Personensorgerechts. Auf Grund dieser Bestimmung ist es aber auch zulässig, nur einen Teil des Personensorgerechts auf einen Pfleger zu übertragen. Gegen die Zulässigkeit einer solchen Teilung ist aus dem Gesetz nichts zu entnehmen. Vielmehr will das neue Recht dem Vormundschaftsgericht solche Freiheiten an die Hand geben, die es ihm ermöglichen, sich jeweils den Erfordernissen des Einzelfalles anzupassen. Genügt zudem zur Abwendung der dem Kinde drohenden Gefahren oder Nachteile, wenn ein einzelner Bestandteil des Sorgerechts auf einen Pfleger übertragen und der Rest einem der Elternteile überlassen wird, so kann und muß sich das Vormundschaftsgericht hierauf beschränken, da insoweit die Übertragung des ganzen Sorgerechts auf einen Pfleger nicht mehr erforderlich ist. Eine derartige Regelung entspricht vielfach auch einem praktischen Bedürfnis, da eine Anordnung aus § 81 Abs. 4 EheG immer einen einschneidenden Eingriff in die Rechte der Eltern darstellt und das Wohl des Kindes selbst benachteiligt wird, wenn diese Rechte mehr beschnitten werden, als es im Einzelfall erforderlich ist. So hat auch bereits das Kammergericht[4] in einer Entscheidung es für zulässig erklärt, anstatt des ganzen Sorgerechts nur das Aufenthaltsbestimmungsrecht einem Pfleger zu übertragen.[5]

Auch bei der Auswahl der Pfleger ist in erster Linie auf das Wohl des Kindes abzustellen. Das Gericht wird deshalb zu prüfen haben, ob einer der näheren Blutsverwandten des Kindes vorzugsweise als Pfleger in Frage kommt. Ist das Personensorgerecht gemäß § 81 Abs. 4 EheG einem Pfleger übertragen, so hat dieser die gleiche rechtliche Stellung wie der sorgeberechtigte Ehegatte sie hätte. Auch sein Aufgabenkreis ergibt sich aus § 1631 Abs. 1 BGB.

[3] Maßfeller 3. a. γ zu § 81, Palandt 3 zu § 81. *A.A.* Pfundtner-Neubert 9 zu § 81, wonach eine Gefährdung des Wohles des Kindes nicht nötig ist. KG in ZdAkfDR 39, 279.

[4] DR 39, 1076.

[5] Schlichting in DR 39, 199.

6. Der Inhalt der Anordnung.

I. Ihrem Inhalt nach geht die Entscheidung des Gerichts dahin, welchem der beiden geschiedenen Ehegatten die Sorge für die Person des Kindes zu übertragen ist. Der mit dem Sorgerecht Betraute hat alsdann allein die Erziehungsgewalt über das Kind. Er hat also allein das Recht und die Pflicht, das Kind zu erziehen, zu beaufsichtigen und seinen Aufenthalt zu bestimmen; dazu gehört auch die Schulausbildung und die Berufswahl. Der Sorgeberechtigte hat auch das Recht, die Herausgabe des Kindes von jedem zu verlangen, der es ihm widerrechtlich vorenthält (§ 1632 BGB, § 145 ABGB).

1. In Ungarn[1] und Italien bezieht sich die Anordnung des Gerichts bzw. Vormundschaftsgerichts lediglich auf die tatsächliche Fürsorge. Auch nach österreichischem Recht geht die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts nur auf die Übertragung der Pflege und Erziehung der Kinder, also der tatsächlichen Personensorge.[2] Dieselbe Regelung galt nach dem früheren § 1633 BGB; denn dort war im Abs. 2 ausdrücklich bestimmt, daß das Recht des Vaters zur Vertretung des Kindes unberührt bleibt. In allen diesen Fällen wird daher an den Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern außer der tatsächlichen Personensorge nichts geändert. Insbesondere behält der Vater die elterliche bzw. väterliche Gewalt und damit die gesamte gesetzliche Vertretung des Kindes, auch in den persönlichen Angelegenheiten.

2. Nach dem jetzigen deutschen Ehegesetz steht dem Sorgeberechtigten neben der tatsächlichen Personensorge stets auch das Recht zur gesetzlichen Vertretung des Kindes in persönlichen Angelegenheiten zu. Denn eine Vorschrift mit dem Inhalt des § 1633 Abs. 2 BGB, daß in Fällen, in denen die Sorge für die Person des Kindes der geschiedenen Mutter zusteht, das Recht des Vaters zur Vertretung des Kindes unberührt bleibt, besteht nicht mehr. Wie sich aber aus § 1630 Abs. 1 BGB ergibt, ist das Recht zur Vertretung in persönlichen Angelegenheiten in der Sorge für die Person einbegriffen. Damit steht dem Sorgeberechtigten auch das Recht zur Vertretung des Kindes in persönlichen Angelegenheiten zu.[3] Eine Belassung der Vertretungsbefugnis beim Vater bei tatsächlicher Sorge der Mutter ist an sich möglich. Dies ist dann der Fall, wenn durch das Vormundschaftsgericht lediglich

---

[1] Crusen S. 267.

[2] Klang I. 2 zu § 139; III. 3 zu § 142.

[3] Maßfeller I. 3 zu § 81, Scanzoni 4 und 5 zu §§ 81/82, Pfundtner-Neubert 3 zu § 81, Rexroth in JW 38. 2095, Staudinger Vorbem. 3 vor § 1626. *A.A.* Apfelbaum S. 73 V.

die einstweilige Anordnung des Prozeßgerichts nach § 627 ZPO bestätigt wird. Diese Spaltung allein dürfte daher Anlaß zu einer neuen Anordnung geben. Eine derartige Regelung sollte Ausnahme bleiben, da die tatsächliche Personensorge und die Vertretung in Personensorgesachen stets in einer Hand liegen soll.

Dies ist gegenüber dem § 1633 BGB eine außerordentlich wichtige Neuerung, wodurch zahlreiche Streitigkeiten und Schikanen für die Zukunft glücklich verhindert werden. Von nun ab kann also die Mutter selbst, wenn ihr die Personensorge übertragen ist, den Unterhalt des Kindes gegenüber dem Vater des Kindes oder einem Dritten geltend machen. Der unbequeme Umweg über die Bestellung eines Pflegers, der bisher in solchen Fällen immer erforderlich war, ist nicht mehr notwendig. Ferner steht der sorgeberechtigten Mutter das Vertretungsrecht für die verheiratete Tochter allein zu (§ 1633 BGB). Ist die sorgeberechtigte Mutter jedoch noch minderjährig, so ist sie zur Vertretung des Kindes nicht berechtigt (§ 1696 Satz 1 BGB). Für die Vertretung in persönlichen Angelegenheiten ist daher ein Pfleger zu bestellen, dem unter Umständen auch das Sorgerecht zu übertragen ist, sofern dies im Einzelfall erforderlich erscheint. — Da die Mutter während Bestehens der Ehe nicht vertretungsberechtigt ist, wird die geschiedene sorgeberechtigte Mutter bei der Ausübung des Vertretungsrechts in den persönlichen Angelegenheiten des Kindes eine Ausfertigung des vormundschaftsgerichtlichen Beschlusses als Legitimation vorzulegen haben.[4]

Dagegen wird — wie nach bisherigem Recht — die Vermögenssorge einschließlich der Vertretung in Vermögenssachen durch die Ehescheidung nicht berührt: diese steht also auch künftig nach Scheidung der Ehe grundsätzlich dem Vater zu. Diese Trennung in Personensorge und in Vermögenssorge besteht nach dem Ehegesetz trotz abweichender Vorschläge zunächst weiter, da der Gesetzgeber — wie es in der amtlichen Begründung heißt[5] — rechtliche Schwierigkeiten befürchtete, die sich bei einer gleichzeitigen Übertragung des Personen- und Vermögenssorgerechts auf die Mutter hätten ergeben müssen, solange die jetzt geltenden Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Rechtsverhältnisse zwischen Eltern und Kindern noch fortbestehen. Über die Zweckmäßigkeit dieser Vorschläge besteht kein Zweifel; nähere Ausführugnen sind daher überflüssig. Wie sich zudem aus der amtlichen Begründung ergibt, ist damit zu rechnen, daß diese Regelung demnächst Gesetz wird.

3. Verschiedene Rechtsordnungen gehen noch weiter als die deutsche Regelung, wo durch die Ehescheidung lediglich die Per-

[4] Scanzoni 11 zu §§ 81/82, Rexroth in JW 38. 2094.
[5] DJ 38. 1112.

sonensorge berührt wird und die elterliche Gewalt im übrigen, also die Vermögenssorge, dem Vater verbleibt, und bestimmen daß derjenige Elternteil, dem die Personensorge zusteht, auch die Vermögenssorge erhält. So bestimmt das schweizerische Recht, daß derjenige Ehegatte, dem die Kinder zugewiesen werden, grundsätzlich die ganze elterliche Gewalt erhält und auch das Recht und die Pflicht, das Kindesvermögen zu verwalten und das Kind in vermögensrechtlicher Hinsicht zu vertreten (Art. 290, 274 Abs. 3 ZGB).[6] Trotz dieser Bestimmung in Art. 274 Abs. 3 ZGB kann der Richter aber auch dem Elternteil, dem die Kinder nicht zugewiesen werden, das Recht der Verwaltung des Kindesvermögens allein oder zusammen mit dem anderen einräumen. Denn Art. 156 ZGB sagt, daß der Richter über die Gestaltung der „Elternrechte" die nötigen Verfügungen zu treffen habe; zu den Elternrechten gehören aber auch die elterlichen Vermögensrechte, so daß der Richter nicht unbedingt an die gesetzliche Regel gebunden ist.[7] Jedoch hat der Ehegatte, dem die elterliche Gewalt über das Kind zusteht, nach Auflösung der Ehe der Vormundschaftsbehörde ein Inventar über das Kindesvermögen einzureichen und ihr von jeder erheblichen Änderung im Stande und in der Anlage des Vermögens Mitteilung zu machen (Art. 291 ZGB). Ebenso ist in den nordischen Staaten mit der Personenfürsorge die Vormundschaft verbunden, so daß also der Elternteil, der die Kinder bei sich hat, zugleich der Vormund ist und als solcher die Vermögenssorge und die damit verbundene gesetzliche Vertretung hat (Kap. 2 § 1 des schwedischen Gesetzes über die Vormundschaft).[8] Auch nach französischem Recht hat der mit der Personensorge (la garde) Betraute zugleich die Vermögensverwaltung (Art. 389 Abs. 2 C. c.); das Gericht ist aber befugt, hiervon abweichende Anordnungen zu erlassen. Die elterliche Gewalt an sich bleibt unberührt. In Ausübung dieser Vermögensverwaltung ist der betreffende Elternteil (trotz der Überschrift des Abschnitts) nicht gesetzlicher Vormund, sondern administrateur légal kraft elterlicher Gewalt; denn es heißt nicht „durant de mariage", sondern „du vivant des époux". Erst nach dem Tode wird sie in der Hand des überlebenden Elternteils zur gesetzlichen Vormundschaft (tutelle légal), der also dann teils elterlicher Gewalthaber und teils Vormund ist (Art. 390—396 C. c.).[9]

---

[6] Boschan S. 262 und 263.

[7] Curti-Forrer 2 zu Art. 156.

[8] Crusen S. 643, Boschan S. 252, Fritze S. 112.

[9] Heinsheimer zu Art. 302—304, 373 und 389, Rechtsvergl. Handwörterbuch 2. a S. 794, Bergmann Anm. 1 zu Art. 373, Boschan S. 71.

In allen diesen Fällen, in denen mit der Personensorge notwendig auch die Vermögenssorge verbunden ist — also mit Ausnahme von Frankreich und der Schweiz, wo seitens der Gerichte abweichende Anordnungen erlassen werden können —, muß sich daher bei der Verteilung der Kinder das Gericht jeweils auch fragen, ob der Elternteil, der mit der Personensorge betraut werden soll, auch in der Lage ist, das Kindesvermögen zu verwalten. Dies kann, insbesondere wenn größeres Vermögen vorhanden ist, von ausschlaggebender Bedeutung sein.

In den Rechtsordnungen, in denen dem Personensorgeberechtigten auch die Vermögenssorge zusteht, ist mit der tatsächlichen Personensorge selbstverständlich auch die Vertretung in den persönlichen Angelegenheiten verbunden.[10].

II. Das Einwilligungsrecht zur Verheiratung der minderjährigen Kinder steht jeweils dem Sorgeberechtigten zu, soweit er zur Vertretung in den persönlichen Angelegenheiten des Kindes berechtigt ist. Denn dieses Einwilligungsrecht des gesetzlichen Vertreters bildet einen Ausfluß der Personenfürsorge. Einwilligungsberechtigt ist daher derjenige, dem zur Zeit der Eheschließung des Minderjährigen die Vertretung desselben in den persönlichen Angelegenheiten zusteht.[11] Auch für die nach § 3 des deutschen Ehegesetzes erforderliche Einwilligung genügt die des Sorgeberechtigten, also auch der sorgeberechtigten Mutter. Ist für die Personensorge gemäß § 81 Abs. 4 EheG ein Pfleger bestellt worden, so ist nur dessen Einwilligung erforderlich und auch genügend: die Eltern sind in diesem Fall von der Einwilligung gänzlich ausgeschlossen. In Frankreich ist die Vorschrift des Art. 152 C. c., wonach derjenige Elternteil, zu dessen Gunsten die Entscheidung erkannt wurde, allein über die Einwilligung zur Verheiratung der Kinder zu entscheiden hatte, durch Gesetz vom 17. Juli 1927 gestrichen worden. Nach dem jetzigen Art. 148 C .c. haben grundsätzlich beide Elternteile einzuwilligen; jedoch genügt bei einer Meinungsverschiedenheit die Einwilligung eines Elternteils. Es überwiegt darnach das Ja des schuldigen Elternteils das Nein des mit der Sorge betrauten Ehegatten.[12]

Was das Nutznießungsrecht am Vermögen des Kindes anlangt, so bleibt dieses im allgemeinen von der Scheidung un-

[10] Foertsch S. 38. Rechtsvergl. Handwörterbuch S. 774.

[11] Pfundtner-Neubert 4 zu § 3, Rilk I. 3 zu § 81, Scanzoni 6 zu §§ 81/82. A. A. Im Anschluß an Mot. Bd. IV S. 25 ist Saniter S. 47, der das Einwilligungsrecht nicht vorwiegend als Ausfluß der Fürsorge für die Person des Kindes, sondern als Ausfluß der den Eltern geschuldeten Ehrerbietung und der persönlichen Interessen der Eltern betrachtet.

[12] Heinsheimer zu Art. 148.

beeinflußt. Nach schweizerischem Recht hat der Richter auch über die Nutznießung gemäß Art. 156 ZGB die erforderlichen Anordnungen zu treffen, während sonst die Nutznießung am Kindesvermögen beiden Elternteilen zusteht (Art. 292 ZGB).[13] Das französische Recht (Art. 386 C. c.) wiederum bestimmt, daß der an der Scheidung schuldige Ehegatte — zur Strafe — das aus der elterlichen Gewalt folgende Nutznießungsrecht am Vermögen des Kindes verliert, das damit dem Personensorgeberechtigten zufällt.[14] Die nordischen Staaten kennen überhaupt keine Nutznießung am Kindesvermögen.

III. Meinungsverschiedenheiten zwischen Personen- und Vermögenssorgeberechtigtem. Wenn die Mutter durch das Vormundschaftsgericht gemäß § 81 EheG die Sorge für die Person des Kindes übertragen erhält, so steht nach der Scheidung die Personensorge und die Vermögenssorge verschiedenen Elternteilen zu. Bei Vornahme einer Handlung, die beide Sorgekreise betrifft, müssen demnach beide Sorgeberechtigten zusammenwirken. Im allgemeinen sind dem Gebiet der Personensorge alle Handlungen zuzuweisen, die bezwecken, das leibliche, geistige und seelische Wohl des Kindes zu fördern. Zur Vermögenssorge gehören dagegen die Handlungen, die dazu bestimmt sind, das Kindesvermögen zu erhalten, zu mehren und der seinem Zweck entsprechenden Verwendung zuzuführen. Es kann daher keine Verwaltungshandlung geben, wenn kein Vermögen vorhanden ist.[15] Im einzelnen Falle kann es selbstverständlich zweifelhaft sein, ob eine Angelegenheit des Kindes zu einer persönlichen gehört oder ob sie etwa in das Gebiet der Sorge für das Vermögen fällt. Daß eine personenrechtliche Angelegenheit des Kindes kraft Gesetzes vermögensrechtliche Folgen hat, nimmt ihr nicht den persönlichen Charakter. Die einzelne Sorgehandlung läßt sich aber oft nicht auf das eine Gebiet beschränken, sondern greift auf das andere über. Eine solche beide Sorgegebiete berührende Handlung liegt nur vor, wenn die vom Personensorgeberechtigten getroffene Bestimmung mit Mitteln des Kindesvermögens, das der väterlichen Vermögensverwaltung unterliegt, ausgeführt werden soll. Dies kann beispielsweise der Fall sein bei Verwendung von Kindesvermögen zur Erziehung, Berufswahl oder Kauf eines Geschäfts mit Mitteln des Kindesvermögens zwecks Schaffung eines selbständigen Lebenserwerbs.

---

[13] Curti-Forrer 1 zu Art. 292.

[14] Heinsheimer zu Art. 302—304, Zachariae-Crome S. 145, Boschan S. 67.

[15] Drescher S. 4 und 5.

Über die Frage, wie Meinungsverschiedenheiten geschiedener Ehegatten über die Vornahme einer sowohl die Person als das Vermögen des Kindes betreffenden Handlung beigelegt werden sollen, enthält das Gesetz keine Vorschrift. Es regelt aber zwei Fälle, in denen Personensorge und Vermögensverwaltung verschiedenen Personen zustehen und diese sich bei Vornahme einer gemeinsamen Handlung nicht einigen können, und zwar:

1. wenn die Sorge für die Person des Kindes einem Pfleger zusteht (§ 1629 BGB) oder
2. wenn die Personensorge und die Vermögensverwaltung unter verschiedene Vormünder verteilt sind (§ 1798 BGB).

In beiden Fällen entscheidet bei Meinungsverschiedenheiten das Vormundschaftsgericht.

Diese Entscheidung des Vormundschaftsgerichts hat die Bedeutung, den unter den beiden Sorgeberechtigten bestehenden Streit zu schlichten und eine der Parteien anzweisen, eine bestimmte Handlung vorzunehmen oder zu unterlassen. Zweck dieser Bestimmung ist ohne Zweifel, im Interesse des Kindes zu verhüten, daß infolge eines Meinungsstreites zwischen den Sorgeberechtigten eine notwendige Maßregel einfach unterbleibt oder doch erst auf dem umständlichen, mit erheblichen Kosten verbundenen Weg eines Prozesses durchgeführt werden muß. Diese Maßnahme, die beide Sorgekreise betrifft, darf keinesfalls deshalb scheitern, weil ein Sorgeberechtigter, vielleicht aus unsachlichen Gründen — um etwa den anderen Elternteil zu schikanieren — seine Mitwirkung versagt. Aus diesen Bestimmungen der §§ 1629 und 1798 BGB ist daher der gemeinsame Grundgedanke zu entnehmen, daß bei einer Teilung des Sorgerechts eine eventuell notwendige Entscheidung über einen Streit, der sowohl das Gebiet der Personensorge wie dasjenige der Vermögensverwaltung berührt, durch das Vormundschaftsgericht erfolgen soll. Einer entsprechenden Anwendung dieser Vorschriften auf den vorliegenden Fall steht nichts im Wege. Auch hier wie in den §§ 1629 und 1798 BGB ist jede der streitenden Personen innerhalb seines Sorgekreises völlig selbständig und hat für seinen Wirkungskreis auch Vertretungsmacht. Es besteht auch ein praktisches Bedürfnis für eine entsprechende Anwendung, da eine derartige Regelung durchaus dem Interesse des Kindes entspricht. Die Stellung des Kindes, das durch die Scheidung der Eltern ohnehin Schaden leidet, darf infolge der Verteilung der einzelnen Sorgekreise auf verschiedene, unter sich feindlich gesinnte Personen nicht noch mehr verschlechtert werden. Können sich also die beiden Ehegatten bei der Vornahme einer Handlung, die sowohl die Person als das Vermögen des

Kindes betrifft, nicht einigen, so ist §§ 1629, 1798 BGB entsprechend anzuwenden. Es hat demnach das Vormundschaftsgericht zu entscheiden.

Auch Lehre und Rechtssprechung haben sich dahin ausgesprochen und waren sich schon bisher darin einig, daß bei einem Streit über eine Angelegenheit, die sowohl das Gebiet der Personensorge als auch das der Vermögenssorge berührt, das Vormundschaftsgericht in entsprechender Anwendung der §§ 1629, 1798 BGB zu entscheiden hat.[16] Die Ansichten waren bisher lediglich darin geteilt, ob bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen tatsächlicher und rechtlicher Personensorge ebenfalls die §§ 1629 und 1798 BGB entsprechend anzuwenden sind.[17] Nachdem aber jetzt demjenigen geschiedenen Ehegatten, der vom Vormundschaftsgericht gemäß § 81 EheG die Sorge für die Person des Kindes zugesprochen erhält, auch die gesetzliche Vertretung in den persönlichen Angelegenheiten übertragen wird, ist diese Streitfrage nunmehr gegenstandslos geworden. Ist jedoch die Personensorge gemäß § 81 Abs. 4 EheG einem Pfleger zugesprochen, so ist § 1629 BGB unmittelbar anwendbar.

Das Vormundschaftsgericht hat auch hier eine dem Wohl des Kindes entsprechende Entscheidung zu treffen. Es hat allerdings nur die Möglichkeit, sich für eine der beiden Ansichten der Ehegatten zu entscheiden, also entweder den Vorschlag des einen abzulehnen oder die Zustimmung des anderen durch seine Entscheidung zu ersetzen; § 53 FGG dürfte hier wohl entsprechend zu gelten haben.[18] Da das Vormundschaftsgericht nur zu „entscheiden" hat, kann es eine von den Beteiligten nicht vorgebrachte Meinung nicht vertreten. Ebensowenig ist das Vormundschaftsgericht befugt, die Durchführung der von ihm entschiedenen Auffassung nachzuprüfen.

In den Rechten, in denen dem Personenberechtigten auch die Vermögenssorge zusteht, kann es gar keine derartigen Schwierigkeiten geben. In der Schweiz ist man allerdings der Auffassung, daß man dem Vater bei der Frage der Berufsausbildung des der Mutter zugeteilten Knaben das entscheidende Wort kaum versagen könne, selbst wenn die Mutter die gesamte elterliche Gewalt über den Knaben habe.[19]

---

[16] Staudinger 12 zu § 1635, Planck 9 zu § 1635, Soergel 2 zu § 1635, Strupp S. 14, Pick S. 59, Sperling S. 22, Saniter S. 46 Anm. 34, RG 129. 18, Maßfeller II. 5 zu § 81, Pfundtner-Neubert 3 zu § 81.

[17] Bejahend Planck 9 zu § 1635, Pick S. 59; verneinend Staudinger 12 zu § 1635, RG 129. 18.

[18] Drescher S. 12.

[19] Curti-Forrer 2 zu Art. 156.

7. Die Abänderung der Anordnung.

Da das Wohl des Kindes oberste Richtschnur ist, muß das Vormundschaftsgericht auch jederzeit die Möglichkeit haben, eine getroffene Anordnung abzuändern. In allen Staaten ist daher auch die Abänderung der angeordneten Regelungen zulässig, sobald irgendwelche Umstände eintreten, nach denen die zunächst getroffene Regelung nicht mehr dem Wohl des Kindes entspricht. Es müssen aber sehr gewichtige Gründe vorliegen, um eine Verschiebung der Personensorge mit ihren weitgehenden Belastungen auch für das Kind zu rechtfertigen. In der Regel ist die Übertragung des Sorgerechts von einem Elternteil auf den anderen mit mehr oder minder großen seelischen Erschütterungen für das Kind verbunden: die Entwicklung in geistiger, seelischer und nicht selten auch körperlicher Hinsicht kann erheblich gehemmt werden. Die Rechtsordnungen machen daher meist die Abänderung von dem Vorliegen irgendwelcher Voraussetzungen abhängig, die allerdings in den einzelnen Rechten verschieden gestaltet sind. Das deutsche Ehegesetz (§ 81 Abs. 3) verlangt, daß das Wohl des Kindes die Änderung der Anordnung erfordert. Es ist hier ebenfalls der Begriff „erfordern" gebraucht wie im Abs. 4, und eine abweichende Anordnung ist daher an dieselben Voraussetzungen geknüpft wie dort: es muß also eine Gefährdung des Kindeswohls vorliegen. Nach schwedischem Recht dagegen müssen ein entsprechender Antrag eines Elternteils gegeben sein und wesentlich veränderte Verhältnisse die Abänderung der Anordnung erforderlich machen (§ 22 des Gesetzes über eheliche Kinder). Nicht so weitgehende Voraussetzungen verlangt das ungarische Ehegesetz (§ 97), ebenso Österreich[1] (§ 142 ABGB) und Frankreich[2]. Dort genügt lediglich, daß geänderte Verhältnisse vorliegen und diese dem Wohl des Kindes nicht mehr entsprechen. Die Schweiz wiederum bestimmt, daß das Gericht bei Abänderung der Verhältnisse, infolge von Heirat, Wegzug, Tod eines der Eltern oder aus anderen Gründen auf Antrag der Vormundschaftsbehörde, des Vaters oder der Mutter andere erforderliche Anordnungen treffen kann.

Zur Änderung der Anordnung ist das Gericht befugt, das auch die erste Anordnung erlassen hat. Ungarn allerdings bestimmt, daß hierfür lediglich die Verwaltungsbehörde befugt ist, während für die erste Anordnung in erster Linie das Scheidungsgericht zuständig ist.

---

[1] Ehrenzweig S. 212, Klang V zu § 142.

[2] Wolff, Familienrecht § 87. a. I.

8. Einfluß von Verwirkung, Ruhen und Entziehen der elterlichen Gewalt; Wiederverheiratung und Tod des sorgeberechtigten Ehegatten.

Die bisherigen Ausführungen betreffen nur die Fälle, wenn beide Elternteile zur Zeit der Entscheidung des Vormundschaftsgerichts noch im Vollbesitz der elterlichen Gewalt bzw. dazu befähigt sind. Hat ein Elternteil bei Scheidung der Ehe die elterliche Gewalt verwirkt, ruht sie, oder ist das Sorgerecht entzogen, so kann ihm die Sorge für die Person des Kindes auch nicht durch das Vormundschaftsgericht übertragen werden.

I. Verwirkung:

Hat der Vater während Bestehens der Ehe die elterliche Gewalt verwirkt (§ 1680 BGB), so ist ein Vormund zu bestellen (§ 1773 BGB). Wird jedoch die Ehe geschieden, so erhält die Mutter kraft Gesetzes ohne besondere Übertragung[1] und ohne Rücksicht auf die Schuldigerklärung die ganze elterliche Gewalt (§ 1684 Abs. 1 Ziffer 2 BGB), und die bestehende Vormundschaft ist damit beendigt (§§ 1773, 1882). Der Gesetzgeber geht hierbei davon aus, daß während bestehender Ehe die Frau meist sehr stark vom Manne abhängig und dessen Einfluß unterworfen ist, so daß schwere, das Familienleben wie das Wohl der Kinder schädigende Zwistigkeiten zu befürchten sind.[2] Nach der Scheidung aber entfallen diese Gründe, so daß nunmehr die Mutter ohne weiteres die elterliche Gewalt erhalten kann.

Liegen bei der Mutter bei Rechtskraft des Scheidungsurteils die Voraussetzungen der Verwirkung vor (§§ 1686, 1680 BGB), so behält der Vater die volle elterliche Gewalt.

Hält nun das Vormundschaftsgericht den anderen Ehegatten aus besonderen Gründen zur Erziehung der Kinder ungeeignet, so hat es zu prüfen, ob die Sorge für die Person der Kinder gemäß § 81 Abs. 4 EheG etwa einem Pfleger zu übertragen ist. Auf Grund des bisherigen § 1635 BGB war dies nicht möglich, da nur zwischen den beiden Ehegatten gewählt und das Sorgerecht beiden Ehegatten nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 1666 BGB entzogen werden konnte. Wenn jedoch gemäß § 81 Abs. 4 EheG beide Ehegatten vom Sorgerecht ausgeschlossen werden können, solange beide im vollen Besitz der elterlichen Gewalt sind und solange beide leben, wenn dies aus besonderen Gründen zum Wohl des Kindes erforderlich ist und ohne daß schwere Verfehlungen im Sinne des § 1666 BGB festgestellt zu werden

---

[1] Lizius S. 30.

[2] Motive Bd. IV S. 840, Strupp S. 23.

brauchen, so muß dies ebenso im Falle der Verwirkung der elterlichen Gewalt seitens eines Ehegatten möglich sein.[3]

Die sich aus der Verwirkung ergebenden Folgen kommen nur bei dem Kinde in Betracht — wie sich aus dem Gesetz ergibt —, gegen das sich der Gewalthaber vergangen hat. Hinsichtlich der übrigen Kinder aber bewendet es bei der normalen Regelung des § 81 EheG.[4] Allerdings hat sich hier das Vormundschaftsgericht die Frage vorzulegen, ob ein Ehegatte, der sich an einem Kinde vergangen hat, zur Erziehung der übrigen Kinder noch als geeignet in Betracht kommen kann. Weiterhin ist zu beachten, daß gemäß § 81 Abs. 2 EheG grundsätzlich alle Kinder dem gleichen Sorgeberechtigten zu übertragen sind.

Haben beide Ehegatten die elterliche Gewalt verwirkt, so ist ein Vormund zu bestellen (§ 1773 BGB).

War einem Ehegatten beim Eintritt der Verwirkung bereits die Personensorge übertragen, so geht sie kraft Gesetzes auf den anderen Teil über, falls das Vormundschaftsgericht gemäß § 81 Abs. 4 EheG keinen Pfleger bestellt.[5]

II. Ruhen:

1. Ruht die elterliche Gewalt des Vaters (§§ 1676, 1677 BGB), so übt während der Dauer der Ehe die Mutter die elterliche Gewalt mit Ausnahme der Nutznießung am Kindesvermögen aus (§ 1685 Abs. 1 BGB). Mit der Rechtskraft des Scheidungsurteils hört das Recht der Mutter zur Ausübung der elterlichen Gewalt auf und es bedarf dann eines weiteren Beschlusses des Vormundschaftsgerichts. Das Vormundschaftsgericht hat die Ausübung der elterlichen Gewalt grundsätzlich der Mutter auf ihren Antrag zu übertragen, wenn keine Aussicht besteht, daß der Grund des Ruhens wegfallen werde (§ 1685 Abs. 2 BGB); die Mutter erhält dann auch die Nutznießung am Kindesvermögen. Ist das Ruhen der elterlichen Gewalt des Vaters nur vorübergehend oder stellt die Mutter keinen Antrag, so ist nach § 1773 Abs. 1 BGB ein Vormund zu bestellen, wobei auch die Mutter als solcher bestellt werden kann.[6] Was jedoch die Personensorge anlangt, so ist das Vormundschaftsgericht befugt, im Rahmen des § 81 EheG eine Entscheidung zu treffen und hat demnach die Wahl, die Personensorge der Mutter — auch ohne ihren Antrag — oder einem Pfleger zu übertragen. Auch bei

[3] Massfeller II. 3 zu § 81, Palandt 3 zu § 81, Scanzoni 12 zu §§ 81/82, Wagner in DJ 39, 412.

[4] RGRKomm. 2 zu § 1635, Planck 4 zu § 1680, Pick S. 30, Strupp S. 24.

[5] Pfundtner-Neubert 4 zu § 81.

[6] Drescher S. 19, Strupp S. 18, Pick S. 32.

Vorliegen der Voraussetzungen des § 1685 Abs. 2 BGB muß das Vormundschaftsgericht nicht mehr — wie bisher [7] — die Personensorge auf die Mutter übertragen, denn auch hier ist das Vormundschaftsgericht nunmehr befugt, die Personensorge nach § 81 Abs. 4 EheG einem Pfleger zu übertragen, sofern selbstverständlich die Voraussetzungen im einzelnen gegeben sind. [8]

2. Liegen bei der Mutter die Voraussetzungen des Ruhens der elterlichen Gewalt vor (§§ 1686, 1676, 1677 BGB), so bleibt die elterliche Gewalt des Vaters unberührt und das Vormundschaftsgericht ist ebenfalls befugt, gemäß § 81 EheG eine Entscheidung zu treffen.

III. Entziehen:

Ist einem Elternteil gemäß § 1666 BGB die Personensorge entzogen, kann er sie auch nach § 81 EheG nicht wieder übertragen bekommen. Wie im Falle der Verwirkung hat auch hier das Vormundschaftsgericht die Möglichkeit, die Personensorge nach § 81 Abs. 4 EheG einem Pfleger zu übertragen. — Das Gesetz hat keine Bestimmung darüber getroffen, wem nach der Ehescheidung die Personensorge im Falle der Entziehung zusteht. Es hat nur für den Fall der Verwirkung und des Todes bestimmt, daß die elterliche Gewalt des Vaters automatisch auf die Mutter übergeht. Eine Ansicht sagt daher, das natürliche Recht auf die Erziehung dürfe keinem Elternteil abgesprochen werden, ohne daß es ausdrücklich bestimmt sei; auch stehe der von der Personensorge ausgeschlossene Elternteil näher als ein Fremder. Aus der Regelung für den Fall des Todes und der Verwirkung sei daher die Folgerung zu ziehen, daß auch für die Entziehung gelten müsse, daß der andere Teil kraft Gesetzes das Fürsorgerecht erhält. [9] Die gegenteilige Ansicht stützt sich darauf, daß im BGB die Fälle, wann die Sorge für die Person der Kinder von dem einen oder anderen Elternteil auszuüben sei, erschöpfend geregelt worden sei, und da hierbei der Fall der Entziehung des Sorgerechts bei geschiedener Ehe nicht behandelt sei, müsse hier das Vormundschaftsgericht eingreifen. [10]

Der letzteren Ansicht ist beizutreten. Die Vorschrift des § 81 EheG bedeutet nicht eine Regelung des Sorgerechts nur im Verhältnis der Eltern zueinander, wie es diejenige des § 1635 BGB hinsichtlich der tatsächlichen Personensorge war. Es steht nicht

---

[7] Sperling S. 27, Lizius S. 31.

[8] Palandt 3 zu § 81, Massfeller II. 3 zu § 81.

[9] RG 102. 283, Staudinger 4 zu § 1635, Drescher S. 22, Lizius S. 36, Schmidt-Bardeleben in „Recht" 1906. 994.

[10] Sperling S. 29, Sieveking in „Recht" 1906. 107.

etwa grundsätzlich beiden Elternteilen das Sorgerecht zu, dergestalt, daß das Recht des einen nur zu Gunsten des anderen ruht und wieder auflebt, wenn dessen Recht aus irgendeinem Grunde wegfällt. Dies ergibt sich daraus, daß § 81 EheG einzig und allein das Wohl der Kinder und nicht ein Recht der Eltern über die Zuerkennung der Sorge entscheiden läßt und daß auch unter Ausschluß beider Ehegatten ein Pfleger mit dem Sorgerecht betraut werden kann. Auch aus dem Grundgedanken des § 81 EheG ist zu entnehmen, daß in jedem Fall das Vormundschaftsgericht zu entscheiden hat. Würde die Personensorge mit der Scheidung automatisch auf den anderen Elternteil übergehen, und käme das Vormundschaftsgericht dann zu der Überzeugung, daß dieser Elternteil zur Erziehung der Kinder ungeeignet und deshalb die Personensorge gemäß § 81 Abs. 4 EheG einem Pfleger zu übertragen sei, so würde das Kind bereits wieder den Erziehungsberechtigten wechseln. Dies wäre für das Kind vielfach mit großem Nachteil verbunden. Deshalb behält der Pfleger bzw. der Vormund, wenn die ganze elterliche Gewalt entzogen war, die Sorge für die Person des Kindes solange, bis das Vormundschaftsgericht eine Entscheidung getroffen hat.[11]

Dasselbe gilt auch, wenn sich der Ehegatte, dem nach § 81 EheG die Personensorge zuerkannt ist, einer Verfehlung schuldig macht, für die ihm nach § 1666 BGB die Sorge zu entziehen ist. Das Sorgerecht geht also nicht mehr automatisch auf den anderen Elternteil über, vielmehr hat das Vormundschaftsgericht zu bestimmen, ob der andere Elternteil oder ein Pfleger sorgeberechtigt sein soll. Nach der Scheidung hat § 1666 BGB überhaupt seine Bedeutung großenteils verloren und ist weitgehend durch § 81 Abs. 4 EheG ersetzt.

IV. Wiederverheiratung:

Die Anordnungen des § 81 EheG verlieren grundsätzlich nicht dadurch ihre Wirksamkeit, daß sich die geschiedenen Ehegatten anderweitig verheiraten. Die Wiederverheiratung des sorgeberechtigten Vaters hat auf das Sorgerecht keinen Einfluß, es sei denn, daß dadurch die Voraussetzungen des Abs. 5 zu einer Änderung der Anordnung des Vormundschaftsgerichts gegeben sind. Geht jedoch die sorgeberechtigte Mutter eine neue Ehe ein, so verliert sie gemäß §§ 1697, 1696 BGB, die auch in diesem Fall anwendbar sind, das Recht zur Vertretung des Kindes in persönlichen Angelegenheiten. Es verbleibt ihr nur die tatsächliche Personensorge. Für die Vertretung in Personensorgesachen ist daher ein Pfleger zu bestellen. Man wird jedoch das Vormund-

[11] Pfundtner-Neubert 4 zu § 81.

schaftsgericht für befugt halten müssen, hier der Mutter gemäß § 81 Abs. 4 EheG zum Pfleger des Kindes für die Vertretung in persönlichen Angelegenheiten zu bestellen, sofern dies im Interesse des Kindes gelegen ist. Damit hätte die Mutter wieder das volle Personensorgerecht. Oder aber wird das Vormundschaftsgericht dem Pfleger neben der Vertretung auch die tatsächliche Personensorge übertragen, da ja tatsächliche Sorge und Vertretung grundsätzlich in derselben Hand liegen sollen. Die Voraussetzungen des § 1666 BGB brauchen hier nicht gegeben zu sein. [12]

V. Tod:

Bei Tod eines Ehegatten ist es praktisch so anzusehen, als habe erst der Tod die Trennung der Ehegatten herbeigeführt. Es kommen die allgemeinen Regeln über die elterliche Gewalt wieder zur Geltung und es erwirbt nach ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung in §§ 1684 Abs. 1 Nr. 1, 1686 ff. BGB grundsätzlich der andere Elternteil die volle elterliche Gewalt und damit auch die Personensorge. Wenn also die sorgeberechtigte Mutter stirbt, so bekommt der Mann auch die Sorge für die Person der Kinder wieder; stirbt dagegen der Mann, so geht die volle elterliche Gewalt auf die Frau über und zwar ohne Rücksicht auf Verschulden (§ 1684 Abs. 1 Ziffer 1 BGB). [13] Hält jedoch das Vormundschaftsgericht den anderen Ehegatten zur Erziehung der Kinder nicht geeignet, so ist auch hier das Vormundschaftsgericht befugt, gemäß § 81 Abs. 4 EheG das Personensorgerecht einem Pfleger zu übertragen. Es gelten hier dieselben Gesichtspunkte wie im Falle der Verwirkung der elterlichen Gewalt. [14]

9. Vertragliche Abmachungen.

Verhältnismäßig wenige Staaten überlassen es den Vereinbarungen der Eltern, welcher Ehegatte nach der Scheidung die Sorge für die Person der Kinder erhalten soll. Es sind dies vor allem die nordischen Staaten, die auch hier großzügig den Eltern weiten Spielraum geben (§ 9 des schwedischen Gesetzes über eheliche Kinder, § 24 des dänischen Gesetzes über Unmündigkeit und Vormundschaft, § 3 des norwegischen Gesetzes über die Vormundschaft über Minderjährige). Ferner bestimmt Ungarn (§ 95 EheG) und die zunächst noch geltende Bestimmung im Lande Österreich (§ 142 ABGB), daß die Eltern in erster Linie Verein-

[12] Massfeller II. 3 zu § 81, Pfundtner-Neubert 4 zu § 81, Scanzoni 6 zu §§ 81/82, Wagner in DJ 39. 412.

[13] Fritze S. 111, Drescher S. 21.

[14] Massfeller II. 3 zu § 81, Palandt 3 zu § 81.

barungen untereinander treffen können, wem die Pflege und Erziehung der Kinder zustehen soll. Auch nach schweizerischem Recht können sich die Eltern vertraglich einigen (Art. 158 Ziffer 5 ZGB). In allen diesen Fällen gilt aber der Grundsatz der Vertragsfreiheit nicht unbeschränkt. So ist in Österreich die Gültigkeit der Abmachungen an die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts geknüpft; auch in der Schweiz bedürfen diese Vereinbarungen zur Rechtsgültigkeit der Genehmigung durch den Richter. In Ungarn sollen die Vereinbarungen der Eltern bei der gerichtlichen Entscheidung nur dann Berücksichtigung finden, soweit diese mit den Interessen der Kinder noch vereinbar sind. In den nordischen Staaten ist das Gericht jederzeit befugt, abweichende Anordnungen zu treffen, wenn die Abmachungen der Eltern in offenbarem Widerstreit mit dem Wohl der Kinder stehen. Haben die Eltern von dieser Möglichkeit der vertraglichen Einigung keinen Gebrauch gemacht und überhaupt keine Abmachungen getroffen, oder stehen diese in Widerspruch mit den Interessen der Kinder, so entscheidet das Gericht über die Zuteilung der Kinder nach den oben angeführten gesetzlichen Bestimmungen.

Die übrigen Staaten dagegen sprechen den vertraglichen Abmachungen überhaupt keine Rechtsbedeutung zu und halten diese für rechtlich unerheblich. Auch Deutschland geht davon aus. Denn bei der Regelung des § 81 EheG ist allein das Wohl der Kinder maßgebend; der Gesetzgeber hat deshalb bestimmt, daß das Vormundschaftsgericht ausschließlich und in jedem Falle eine dem Interesse der Kinder entsprechende Anordnung zu treffen hat. Es handelt sich sonach bei § 81 EheG um eine zwingende Regelung. Außerdem würde es mit der Natur des Elternrechts als eines höchstpersönlichen Rechts im Widerspruch stehen, wenn ein Elternteil den ihm von der Rechtsordnung zugewiesenen Anteil an der elterlichen Gewalt beliebig aufgeben könnte. Denn die Sorge für die Person der Kinder enthält nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht zur Kindererziehung; auf Pflichten kann aber rechtswirksam nicht verzichtet werden. Auch soll das Kind vor jedem unnötigen Wechsel in der Person des Sorgeberechtigten bewahrt bleiben. Alle Vereinbarungen der Ehegatten, sei es vor oder nach der Scheidung, über die Personensorge gemeinschaftlicher Kinder, die einen Verzicht auf diese enthalten, sind daher rechtlich unwirksam.[1] Derartige Abmachungen können vom Vormundschaftsgericht vielmehr nur als

[1] Staudinger 8 zu § 1635, RGRKomm. 4 zu § 1635, Planck 15 zu § 1635, Lizius S. 67, Pick S. 56, Motive Bd. 4 S. 627, RG in JW 38. 1262, Palandt 3 zu § 81, Pfundtner-Neubert 14 zu § 81, Scanzoni 3 zu § 81/82, JW 39. 98. *A. A.* Knitschky S. 156 ff.

Vorschläge bei ihrer Anordnung nach § 81 EheG berücksichtigt werden.[2]

Dagegen ist es möglich — und meist werden abgeschlossene Verträge dahin auszulegen sein —, durch Vertrag lediglich die Ausübung der tatsächlichen Personensorge dem anderen Elternteil zu übertragen. Dies ist ebenso möglich, wie Kinder durch Vertrag auch Dritten oder Erziehungsanstalten zur Erziehung und Ausbildung überlassen werden können.[3] Solche Vereinbarungen sind aber jederzeit frei widerruflich, ohne daß ein besonderer Grund vorzuliegen braucht.[4] Dies ergibt sich aus der Personensorge als einem unverzichtbaren Recht und aus dem Pflichtcharakter; auch würde andernfalls eine solche Vereinbarung praktisch einem Verzicht gleichkommen. Aus diesen Abmachungen kann deshalb auch nicht auf Übergabe des Kindes geklagt werden, d. h. die Herstellung des durch diese Verträge beabsichtigten Zustandes kann nicht im Rechtsweg erzwungen werden, ebensowenig wie die Erziehungsanstalt auf Übergabe des Kindes klagen kann.[5]

Aber selbst wenn der Sorgeberechtigte die Sorge durch einen Anderen ausüben läßt, bleibt er doch seinerseits immer zur Sorge berechtigt und verpflichtet, und ist damit auch für die Ausübung der Sorge durch den Anderen verantwortlich.[6]

10. Das Verfahren.

I. Ein Teil der Rechtsordnungen bestimmt, daß zugleich im Urteil, in dem die Scheidung bzw. Trennung von Tisch und Bett ausgesprochen wird, auch über die Zuteilung der Kinder entschieden werden muß und beauftragt damit also das Prozeßgericht; so Schweiz, Italien, Schweden und Dänemark. Das dänische Recht enthält insofern eine Ausnahme, als die Scheidung oder Trennung auf übereinstimmenden Antrag der beiden Ehegatten auch durch behördliche Bewilligung ausgesprochen werden kann; in diesem Fall ist also auch in der behördlichen Bewilligung die Verteilung der Kinder auszusprechen. Auch nach französischem und belgischem Recht ist für die Frage, welcher Elternteil die Personensorge erhalten soll, das Prozeßgericht zuständig; aber hier tritt zunächst automatisch die gesetzliche Regelung in Kraft und nur auf Antrag der Familie oder des Staats-

[2] Rilk II. 1. b zu § 80.

[3] Danziger S. 29.

[4] JW 34. 911 Nr. 8. *A. A.* Josef in Arch. f. ziv. Praxis Bd. 119 S. 403, wonach solche Verträge nur aus wichtigem Grunde widerruflich sind.

[5] Danziger S. 34.

[6] Josef in Arch. f. ziv. Praxis Bd. 119 S. 403.

anwalts kann das Prozeßgericht tätig werden und eingreifen. Ebenfalls ist in Ungarn in erster Linie das Prozeßgericht berufen, gleichzeitig im Scheidungsurteil über die Fürsorge der Kinder zu entscheiden. Wenn aber der Richter die im Prozesse aufgeklärten Tatumstände nicht für genügend erachtet, kann er auch die Verfügung über die Kinder ganz weglassen und die Akten nach Beendigung des Prozesses an die Vormundschaftsbehörde zur Regelung abgeben (§ 96 EheG). Hier ist auch die Vormundschaftsbehörde allein befugt, von der gerichtlichen Anordnung abweichende Beschlüsse zu erlassen (§ 97 EheG).[1]

In Deutschland und Österreich[2] aber entscheidet über die Unterbringung und Erziehung der Kinder ausschließlich das Vormundschaftsgericht. Der Prozeßweg ist also unzulässig. Es handelt sich vielmehr um eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit bzw. in Österreich um ein Verfahren außer Streitsachen.[3] In Norwegen ist der Oberpräsident mit dem Erlaß der Anordnung beauftragt.

II. Lediglich nach französischem und belgischem Recht tritt zunächst automatisch ohne weitere Feststellung die gesetzliche Regelung in Kraft und erst auf Antrag der Familie oder des Staatsanwalts kann dann das Prozeßgericht tätig werden und eine von der gesetzlichen Regel abweichende Anordnung treffen. Diese Entscheidung ergeht dann im Wege eines Prozesses unter den geschiedenen Ehegatten durch gerichtliches Urteil;[4] ein Vormundschaftsgericht kennt Frankreich nicht. Auch nach der bisherigen Regelung im deutschen Recht traten die Wirkungen des § 1635 Abs. 1 Satz 1 BGB automatisch mit der Rechtskraft des Scheidungsurteils ein.

In allen anderen Rechtsordnungen aber sind in jedem Fall der Scheidung bzw. Trennung von Tisch und Bett — großenteils sogar gleichzeitig mit dem Urteil — von Amts wegen Anordnungen über die Frage der Kinderverteilung zu treffen. Auch das neue deutsche Ehegesetz schreibt vor, daß das Vormundschaftsgericht nach der Scheidung, also nach Rechtskraft[5] des Scheidungsurteils (§ 46 Satz 2 EheG), zu bestimmen hat, welchem der Ehegatten die Sorge für die Person eines gemeinschaftlichen Kindes zustehen soll. Das Vormundschaftsgericht muß darnach

---

[1] Almási S. 220, Boschan S. 329.

[2] Klang VI. 1 zu § 142.

[3] Klang VI zu § 142, Bergmann Nachtrag 1930 S. 142.

[4] Heinsheimer zu Art. 302—304.

[5] Saniter S. 40. *A. A.* Opet S. 320 Anm. 1.

ebenfalls in jedem Fall und zwar von Amts wegen [6] in die Prüfung dieser Frage des Sorgerechts eintreten. Dies ergibt sich eindeutig aus dem Zweck des Gesetzes, wonach an Stelle der gesetzlichen Regelung des § 1635 Abs. 1 Satz 1 BGB die jeweils erforderliche Entscheidung des Vormundschaftsgerichts getreten ist; auch aus der amtlichen Begründung ist dies zu entnehmen. Der Antrag eines Elternteils ist demnach nicht erforderlich, das Vormundschaftsgericht hat sich vielmehr, sobald ihm das Scheidungsurteil zugegangen ist, schlüssig zu werden, wie es zu entscheiden hat. In Zukunft verbleibt also das Sorgerecht zunächst dem Elternteil, dem es vor Auflösung der Ehe zustand, also in der Regel dem Vater. Hatte das Scheidungsgericht gemäß § 627 ZPO eine einstweilige Anordnung getroffen, so wirkt diese über die Rechtskraft des Scheidungsurteils hinaus und bleibt solange in Kraft, bis das Vormundschaftsgericht eine Regelung gemäß § 81 EheG getroffen hat (§ 627 a ZPO).

Stellt sich im Einzelfall heraus, daß das auch nur einstweilige Fortbestehen des bisherigen Zustandes das Kind gefährden würde, dann kann und muß das Vormundschaftsgericht durch eine vorläufige Anordnung den Zustand beseitigen.

III. Das Verfahren vor dem Vormundschaftsgericht regelt sich nach den §§ 35 ff. FGG. Örtlich zuständig ist das Gericht, in dessen Bezirk der Mündel zu der Zeit, zu der die Anordnung erforderlich wird, seinen Wohnsitz oder in Ermangelung eines inländischen Wohnsitzes seinen Aufenthalt hat. Erstreckt sich die Tätigkeit des Vormundschaftsgerichts auf Geschwister, die in Bezirken verschiedener Gerichte ihren Wohnsitz oder Aufenthalt haben, so ist, wenn für einen der Mündel schon ein Verfahren anhängig ist, das für diesen zuständige Gericht, andernfalls dasjenige Gericht, in dessen Bezirk der jüngste Mündel seinen Wohnsitz oder Aufenthalt hat, für alle Geschwister maßgebend. Hat das Kind im Inland weder Wohnsitz noch Aufenthalt, so ist das Amtsgericht Berlin zuständig, das jedoch aus wichtigen Gründen die Sache an ein anderes Gericht abgeben kann (§§ 36, 43, 7 FGG in der Fassung der Verordnung vom 31. 5. 34).

§ 630 ZPO ist durch die Durchführungsverordnung zum Ehegesetz vom 27. Juli 1938 aufgehoben worden. An seiner Stelle ist nunmehr auf Grund der allgemeinen Verfügung des Reichsjustizministers vom 27. Juli 1938 [7] im Wege der Verwaltungs-

---

[6] Massfeller II zu § 81, Scanzoni 3 zu §§ 81/82, Amtl. Begründung in DJ 38. 1112, Seibert in DJ 39. 602; zweifelhaft Roquette S. 139 („herbeigeführt werden muß"). *A. A.* Wagner in DJ 39. 412.

[7] DJ 38. 1177.

anordnung bestimmt, daß das Scheidungsgericht dem Vormundschaftsgericht eine Ausfertigung des rechtskräftigen Scheidungsurteils zu übersenden hat. Sobald das Vormundschaftsgericht diese Mitteilung erhält, hat es von Amts wegen einzugreifen und die hierzu erforderlichen Ermittlungen anzustellen. Insbesondere hat es nach § 81 Abs. 6 EheG die geschiedenen Ehegatten vor der Entscheidung zu hören, es sei denn, daß die Anhörung untunlich ist. Das Gesetz schreibt nicht eine persönliche mündliche Anhörung vor, so daß an sich auch eine schriftliche Anhörung genügen kann.[8] Eine mündliche Anhörung ist jedoch bei der großen Bedeutung des persönlichen Eindrucks der Ehegatten einer schriftlichen Einholung ihrer Stellungnahme weit vorzuziehen. Ein schriftliches Verfahren ist zudem meist wenig förderlich und deshalb möglichst zu vermeiden. Nur wenn die Anhörung untunlich ist, was aber wichtige Gründe haben muß, z. B. dauernde Abwesenheit eines Elternteils, Zuchthausstrafe, darf sie unterbleiben.[9]

Neben § 81 Abs. 6 EheG ist § 1673 Abs. 2 BGB noch zu berücksichtigen. Darnach ist die Anhörung weiterer Verwandten und Verschwägerter vorgesehen.[10] Die Anhörung der Kinder selbst steht im Ermessen des Vormundschaftsgerichts: ältere Kinder, bei denen Verständnis für die zu entscheidende Frage vorausgesetzt werden kann, sollen möglichst gehört werden. Ferner ist stets gemäß § 43 Abs. 1 Satz 2 JWG das Jugendamt zu hören. Und zwar ist es nur Pflicht, das nach dem gewöhnlichen Aufenthaltsort der Kinder zuständige Jugendamt zu hören. Die Pflicht zur Sachaufklärung wird es jedoch verlangen, daß die Verhältnisse, in denen die beiden Elternteile leben, durch Anhörung beider Jugendämter, in deren Bezirk die Eltern wohnen, näher untersucht werden. Denn andernfalls kann der Vormundschaftsrichter ja gar nicht feststellen, was nach Lage der Verhältnisse dem Kindeswohl am besten entspricht.[11] Bei Angehörigen der HJ. ist dieser von der Einleitung des Verfahrens Mitteilung zu machen (Allgemeine Verfügung des Reichsjustizministers vom 16. 5. 35[12]).

In dem Verfahren vor dem Vormundschaftsgericht ist die Bestellung eines Pflegers für das Kind nicht notwendig. Es handelt sich hier um die Erfüllung einer Pflicht, und das Kind ist Gegenstand amtlicher Fürsorge. Der Gewalthaber und das Kind stehen

---

[8] Rilk VI zu § 81, Pfundtner-Neubert 11 zu § 81. *A. A.* Scanzoni 14 zu §§ 81/82.

[9] Auert 7 zu § 81.

[10] Pfundtner-Neubert 11 zu § 81, Scanzoni 14 zu §§ 81/82.

[11] Seibert in DJ 39. 602.

[12] DJ 35. 766.

sich nicht als Parteien, deren Interessen sich widerstreiten, gegenüber. Eine Vertretung des Kindes ist daher nicht geboten.[13] Zweifellos ist aber das Vormundschaftsgericht befugt, im einzelnen Fall einen Pfleger zu bestellen, wenn es eines solchen zu bedürfen glaubt.

Das Vormundschaftsgericht trifft seine Entscheidungen in Beschlußform; die Anordnung wird wirksam mit Bekanntmachung an die Personen, für die sie ihrem Inhalt nach bestimmt ist (§ 16 FGG). Gegen den Beschluß findet Beschwerde an das Landgericht statt. Beschwerdeberechtigt ist jeder, dessen Recht durch diese Verfügung beeinträchtigt wird oder der ein berechtigtes Interesse an der Wahrnehmung dieser Angelegenheit hat (§§ 20, 57 Abs. 1 Ziffer 9 FGG), auch das Kind, soweit es das 14. Lebensjahr vollendet hat. Gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts ist die weitere Beschwerde gegeben, sofern die Entscheidung auf einer Gesetzesverletzung beruht (§ 27 FGG). Die Kosten des Verfahrens werden nach § 88 Abs. 1 Ziffer 2 der KO in der Fassung des § 48 Ziffer 4 der 2. DVO zum Ehegesetz berechnet; sie fallen dem Kinde zur Last. Ist Gefahr im Verzuge, so kann das Vormundschaftsgericht auch einstweilige Anordnungen treffen.

Entstehen Streitigkeiten zwischen den geschiedenen Ehegatten über die Anwendung der vom Vormundschaftsgericht getroffenen Anordnungen, oder stört der eine Ehegatte den anderen in der Ausübung des ihm zuerkannten Rechts, so muß der in der Ausübung seines Rechts behinderte Ehegatte im Klageweg vorgehen.[14] Wird z. B. dem Sorgeberechtigten das Kind vorenthalten, so kann dieser gemäß § 1632 BGB auf Herausgabe klagen; er kann sich dagegen nicht um Abhilfe an das Vormundschaftsgericht wenden. Denn das Vormundschaftsgericht ist nach § 81 EheG lediglich zur Anordnung darüber berufen, wem die Sorge für die Person der Kinder zu übertragen ist; das Vormundschaftsgericht schafft also einen neuen Zustand und gibt damit rechtsbegründende Anordnungen. Das Prozessgericht dagegen entscheidet feststellend, wem die Personensorge zusteht.[15] Daraus ergibt sich auch, daß das Prozeßgericht an die Anordnungen des Vormundschaftsgerichts gebunden ist.

---

[13] Staudinger 1. b. δ zu § 1635, Soergel III zu § 1635, Lizius S. 52, Drescher S. 27, Sauer S. 661, RG 60. 134, RG 64. 16. *A. A.* Strupp S. 34. Arch. f. bürgerl. Recht Bd. 26 S. 351.

[14] Staudinger 1. c. β zu § 1635, Soergel 2 zu § 1635, Biermann 4. c zu § 1635, Schlegelberger Vorbem. 1 vor § 33 FGG. *A. A.* Lehmann Diss. Seite 23.

[15] RG 63. 275 ff. Soergel III zu § 1635.

Bezüglich der Zwangsvollstreckung ist § 883 ZPO auf die Herausgabe des Kindes entsprechend anzuwenden und nicht § 888 ZPO. Daß dies richtig ist, ist nunmehr durch die Neufassung des § 33 FGG vom 5. August 1935 klargestellt worden.

IV. Auch in den ausländischen Rechtsordnungen sind ähnliche Verfahrensvorschriften vorhanden. Schweden etwa hat bestimmt, daß das Gericht vor der Verteilung der Kinder eine Äußerung des kommunalen Fürsorgeamtes einzuholen oder sonstige Aufschlüsse in der Sache zu beschaffen hat (§ 19 des Gesetzes über eheliche Kinder). Das Fürsorgeamt kann dann seinerseits weitere Erkundigungen einziehen und dem Gericht aufgeben, eine vorläufige Regelung zu treffen (§ 20 des Gesetzes über eheliche Kinder). Außerdem können jederzeit die Eltern gehört und sogar mit polizeilichem Zwang beigeholt werden.[16] In Norwegen soll der Oberpräsident vor der Entscheidung, wenn er es für nötig erachtet, den Gemeindewaisenrat, das Jugendamt oder das Gesundheitsamt hören. Auch in der Schweiz hat das Gericht vor der Entscheidung die Eltern und nötigenfalls auch das Vormundschaftsgericht zu hören. Ebenfalls sind nach österreichischem Recht beide Elternteile zu hören, wenn das Vormundschaftsgericht nicht ihrem übereinstimmenden Antrag Folge zu geben gedenkt. Zudem soll die Jugendgerichtshilfe zur Klärung der häuslichen Verhältnisse herangezogen werden.[17]

11. Vorläufige Maßnahmen.

Bereits während des Scheidungsprozesses ist das Prozeßgericht, bei dem das Scheidungsverfahren anhängig ist, befugt, im Interesse der Kinder einstweilige Anordnungen zu treffen (§ 627 ZPO). Durch § 39 der 1. DVO zum Ehegesetz vom 27. 7. 1938 (in Kraft getreten am 1. Oktober 1938) ist an die Stelle der bisherigen einstweiligen Verfügung ein besonderes, in den Scheidungsprozeß eingebautes Beschlußverfahren eigener Art getreten, die sogenannte einstweilige Anordnung.

1. Das Scheidungsgericht kann danach bezüglich der Sorge für die Person der gemeinschaftlichen minderjährigen Kinder Anordnungen beliebiger Art treffen, sofern sie sich durch den Streit der Ehegatten im Interesse der Kinder als erforderlich erweisen. Darunter fallen insbesondere Anordnungen über die Erziehung und den Aufenthalt der Kinder bei einem der Ehegatten oder einem Dritten. Zur Sorge für die Person der Kinder

---

[16] Fritze S. 107.

[17] Klang VI. 1 zu § 142.

gehört auch die Regelung des persönlichen Verkehrs der Eltern mit den Kindern, so daß das Prozeßgericht auch über die Art und Weise des Verkehrs im Einzelnen Bestimmungen treffen kann. Allerdings ist nach § 82 Abs. 2 EheG das Vormundschaftsgericht ausschließlich zur Verkehrsregelung berufen. Aber ebenso wie das Prozeßgericht nach § 627 ZPO ausnahmsweise bezüglich der Sorge für die Person der Kinder einstweilige Anordnungen treffen kann, was sonst auch ausschließliche Aufgabe des Vormundschaftsgerichts ist, muß das Prozeßgericht auch ausnahmsweise in der Lage sein, im Interesse der Kinder den Verkehr einstweilig näher zu regeln. Das Prozeßgericht hat zudem genau so die Möglichkeit wie das Vormundschaftsgericht, die erforderlichen Ermittlungen von Amts wegen anzustellen. Denn die einstweiligen Anordnungen sind in den Eheprozeß eingebaut und unterliegen daher als ein Teil von ihm den gleichen Prozeßgrundsätzen wie er selbst; es gilt daher weitgehend Offizialmaxime (§§ 617, 622 ZPO).[1]

Diese Anordnungen erstrecken sich nur auf die tatsächliche Personensorge. Dagegen darf das Prozeßgericht keine Anordnungen hinsichtlich der gesetzlichen Vertretung, auch nicht hinsichtlich der Vertretung in persönlichen Angelegenheiten, treffen. Dies ist vielmehr dem Vormundschaftsgericht vorbehalten, ebenso wie die Sorge für das Vermögen der Kinder.[2] Das Vormundschaftsgericht entscheidet nach freiem Ermessen. Maßgebend ist auch hier in erster Linie das Interesse der Kinder. Hinsichtlich des Inhalts der Anordnungen bietet die in §§ 81 und 82 EheG für den Fall der Scheidung getroffene Regelung einen wesentlichen Anhalt, ohne jedoch daran gebunden zu sein. Demgemäß ist es auch zulässig, das Recht der Sorge für die Person der Kinder beiden Ehegatten zu entziehen und einem Dritten zu übertragen. Die größere oder geringere Wahrscheinlichkeit, ob der Antragsteller im Prozeß siegen werde, spielt bei der Entscheidung regelmäßig keine Rolle. Das Gericht hat aber darauf bedacht zu sein, seine Anordnungen dem zur Zeit bestehenden Zustand nach Möglichkeit anzupassen.

Das Prozeßgericht kann auch die Unterhaltspflicht der Ehegatten den Kindern gegenüber regeln, aber nur im Verhältnis der Ehegatten zueinander und nicht im Verhältnis der Eltern zu den Kindern. Es kann also insbesondere die Beitragspflicht re-

---

[1] Pfundtner-Neubert 8 zu § 82, Jonas III. 3 zu § 627, Staudinger 5 zu § 1636, RGRKomm. 2 zu 1635, Sauer S. 442. A. A. Palandt 6 zu § 79, RG 69. 94.

[2] Pfundtner-Neubert 12 zu § 81.

geln, wobei § 79 EheG einen Anhalt bieten kann. Darüber hinaus kann es aber nach freiem Ermessen die Unterhaltspflicht nur einem Ehegatten oder beiden nach beliebigen Quoten auferlegen, ohne daß aber daraus die Kinder einen Vollstreckungstitel erhalten. Zulässig ist auch die Anordnung der Herausgabe des für die Kinder nötigen Hausrates.[3]

Nach § 627 ZPO ist nicht mehr nötig, daß die einstweilige Anordnung zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt notwendig ist; denn auf § 940 ZPO ist nicht mehr Bezug genommen. Erforderlich und genügend ist in aller Regel, daß die Anordnung bei Prüfung aller Umstände zweckmäßig ist und ein vernünftiges, ernstliches Interesse an solcher Anordnung besteht und ohne diese die Regelung nicht zu erreichen ist oder nicht gesichert erscheint.[4]

Während des Scheidungsprozesses ist das Vormundschaftsgericht nicht befugt, die vom Prozeßgericht erlassene Anordnung abzuändern oder für die Dauer des Scheidungsprozesses eine einstweilige Regelung vorzunehmen. Diese Regelung obliegt ausschließlich dem Prozeßgericht. Das Vormundschaftsgericht kann lediglich unter den Voraussetzungen des § 1666 BGB eingreifen[5] und seine Entscheidung unabhängig vom Prozeßgericht treffen. Doch dürften diese Fälle sehr selten sein, denn man wird annehmen dürfen, daß meistens das Prozeßgericht die Interessen des Kindes richtig gewahrt hat. Erst nach Rechtskraft des Scheidungsurteils kann das Vormundschaftsgericht eine Anordnung nach § 81 EheG treffen. Andererseits gehen die nach § 1666 BGB getroffenen Anordnungen des Vormundschaftsgerichts denen des Prozeßgerichts vor, und das Prozeßgericht ist an diese gebunden.[6]

II. Dauer der Anordnungen: § 627 a ZPO bestimmt — und darin besteht die hauptsächlichste Neuerung gegenüber dem früheren § 627 ZPO —, daß die nach § 627 ZPO getroffenen Anordnungen wegen der Sorge für die Person der Kinder im Falle der Scheidung solange wirksam bleiben, bis das Vormundschaftsgericht eine andere Regelung getroffen hat. Damit wird im Interesse der Kinder verhindert, daß nach rechtskräftiger Scheidung eine Lücke eintritt und sich Zweifel über die Rechtsstellung der Kinder, namentlich hinsichtlich der Personensorge ergeben. Eines besonderen Anspruchs hiezu bedarf es nicht. Andererseits ist das Gericht aber durch § 627 a ZPO nicht ge-

[3] Palandt 6 zu § 79, Jonas III. 4 zu § 627.
[4] Jonas II. 5 zu § 627, JW 39, 570 Nr. 34.
[5] Jonas V. 7 zu § 627.
[6] Fechner in JW 38, 2111, Rilk I. 1 zu § 81.

hindert, von vornherein eine kürzere Geltungsdauer festzulegen; ein solcher Wille muß aber unzweideutig zum Ausdruck kommen.

In sinngemäßer erweiternder Auslegung sind unter Anordnungen wegen der Sorge für die Person der Kinder im Sinne von § 627 a ZPO auch die einstweiligen Anordnungen zu verstehen, die die Unterhaltspflicht gegenüber den Kindern im Verhältnis der Ehegatten zueinander regeln.[7]

III. Das Verfahren:

1. Eine einstweilige Anordnung wird nur auf Antrag eines Ehegatten erlassen, der auch zu Protokoll der Geschäftstelle erklärt werden kann und daher nicht dem Anwaltszwang unterliegt (§§ 78 Abs. 2, 627 Abs. 3 Satz 1 ZPO). Der Antrag ist zulässig, sobald die Klage eingereicht oder der Termin zum Sühneversuch bestimmt ist (§ 627 Abs. 2 ZPO). Andererseits darf der Rechtsstreit nicht schon durch rechtskräftiges Endurteil erledigt sein.

2. Die Voraussetzungen für die Anordnung sind glaubhaft zu machen (§ 267 Abs. 3 Satz 2 ZPO). Das Gericht braucht sich jedoch mit der Glaubhaftmachung nicht zu begnügen, sondern kann auch größere Anforderungen stellen, was sich namentlich dann empfiehlt, wenn der Stand des Verfahrens dazu aus irgendwelchen Gründen Anlaß gibt. Mündliche Verhandlung ist nicht vorgeschrieben. In aller Regel wird aber eine solche unter persönlicher Herbeiziehung der Parteien zweckmäßig sein.[8]

3. Zuständig ist grundsätzlich das Gericht, bei dem das Verfahren anhängig ist oder anhängig gemacht werden soll, und zwar je nachdem, wo die Hauptsache schwebt, das Kollegium oder der Einzelrichter. Ist das Verfahren an den Einzelrichter verwiesen, so hat dieser über die einstweilige Anordnung zu entscheiden; schwebt der Prozeß in der Berufungsinstanz, so entscheidet das Berufungsgericht. Nur für den Fall, daß sich der Rechtsstreit in der Revisionsinstanz befindet, ist eine Ausnahme vorgesehen: hier steht die Entscheidung nicht dem Reichsgericht, sondern dem Landgericht zu (§ 627 Abs. 3 Satz 3 ZPO). Eine Zuständigkeit des Amtsgerichts entsprechend § 942 ZPO ist für die Anordnungen nach § 627 ZPO n. F. niemals gegeben.[9]

4. Gegen den Beschluß des Landgerichts ist die Beschwerde möglich (§ 627 Abs. 4 Satz 1 ZPO). Wenn der Eheprozeß in der Berufungsinstanz anhängig ist, ist die Beschwerde entgegen der Regel des § 569 ZPO stets beim Oberlandesgericht einzu-

---

[7] Jonas IV. zu § 627 a. *A. A.* Apfelbaum S. 74.
[8] Jonas V. 2. b und c zu § 627.
[9] Jonas V. 2. a zu § 627, Meyer in JW 39. 465.

legen (§ 627 Abs. 4 Satz 3 ZPO); in diesem Fall steht also dem Landgericht die Abänderungsbefugnis des § 571 ZPO nicht zu. Die Vorschrift des § 571 Satz 2 ZPO, wonach die Beschwerde binnen 1 Woche dem Beschwerdegericht vorzulegen ist, wenn ihr nicht abgeholfen wird, gilt an sich auch hier. Wird allerdings eine mündliche Verhandlung angeordnet, so kann die daraufhin zu treffende Entscheidung im allgemeinen kaum innerhalb einer Woche ergehen. Die Einwochenfrist ist deshalb sinngemäß so aufzufassen, daß innerhalb 1 Woche entweder Abhilfe, die Vorlage oder die mündliche Verhandlung angeordnet sein muß.[10] Gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichts ist keine Beschwerde vorgesehen.

Die gemäß § 627 ZPO erlassenen Anordnungen können, auch wenn sie in der Beschwerdeinstanz ergangen oder bestätigt sind, wegen veränderter Umstände im Interesse der Kinder jederzeit abgeändert werden; insoweit ist also die entsprechende Anwendung des § 323 ZPO zu bejahen.[11] Sachlich handelt es sich dabei um den Erlaß einer neuen Anordnung, für die sich die Zuständigkeit nach der im Zeitpunkt des neuen Antrags bestehenden Prozeßlage richtet.

5. Die einstweiligen Anordnungen sind nach § 794 Ziffer 3 ZPO vollstreckbar, soweit sie einen der Vollstreckung fähigen Inhalt haben. Im Gegensatz zu den einstweiligen Verfügungen bedürfen sie aber einer Vollstreckungsklausel,[12] denn § 929 ZPO gilt weder entsprechend noch unmittelbar. Die einstweiligen Anordnungen bilden demgemäß einen Vollstreckungstitel nach § 794 Ziffer 3 ZPO.

IV. In Literatur und Rechtssprechung ist bereits ein lebhafter Meinungsstreit darüber ausgebrochen, ob bei einstweiligen Anordnungen eine selbständige Kostenentscheidung möglich ist oder nicht. Hierzu ist auszuführen, daß die einstweiligen Anordnungen als Nebenentscheidungen des Eheverfahrens erlassen werden. Sie ergehen nicht wie die bisherigen einstweiligen Verfügungen in einem selbständigen Verfahren, sondern sie sind unselbständige Teile des Eheprozesses. Damit entfällt auch die Möglichkeit einer selbständigen Kostenentscheidung; lediglich gebührenrechtlich werden sie als selbständige Verfahren behandelt (§ 33 GKG in der Fassung des § 1 c der 2. DVO zum EheG). Wenn aber die einstweiligen Anordnungen ein Teil des Eheverfahrens sind, so gelten auch die durch sie verursachten Kosten

[10] Jonas V. 4 zu § 627.
[11] Jonas V. 5 zu § 627, Fechner in JW 38. 2111.
[12] Staud in DJ 38. 1414, Fechner in JW 38. 2113, Meyer in JW 39. 465, Merten in DJ 39. 1029. A. A. Vormschlag in DR 39. 225.

als solche des Rechtsstreits im Sinne des § 91 ZPO. Das bedeutet also, daß der in der Ehesache unterliegende Teil grundsätzlich auch die Kosten der einstweiligen Anordnung zu tragen hat. Im Einzelfall kann das Gericht auch von § 96 ZPO Gebrauch machen und die Kosten einer ganz oder teilweise abgelehnten einstweiligen Anordnung dem im übrigen obsiegenden Teil auferlegen.[13]

Von der Gegenmeinung[14] wird insbesondere geltend gemacht, daß beide Bestandteile des Eheprozesses, also Anordnungsverfahren und Scheidungsstreit, bezüglich des Obsiegens und Unterliegens ihre eigenen Wege gehen, so daß es möglich sei, daß der im Scheidungsstreit unterliegende Teil im Anordnungsverfahren obsiegen könne und umgekehrt. Hier sei es aber unbillig, dem im Scheidungsprozeß unterliegenden Ehegatten auch die Kosten des Anordnungsverfahrens, in dem er Erfolg gehabt habe, aufzuerlegen. Dies ist durchaus richtig; dieser Tatsache kann aber im Rahmen des § 96 ZPO durchaus Rechnung getragen werden. Hiergegen wird wiederum geltend gemacht, daß die Verteilung nach Quoten auf beide Parteien bei der Berechnung zu großen praktischen Schwierigkeiten führen würde und zudem auch rechtlich unzulässig sei, da eine Kostenverteilung nach Quoten voraussetze, daß eine Partei im Rechtsstreit teils unterliege und teils obsiege. In diesem Fall handle es sich aber nicht um ein teilweises Obsiegen und nicht um ein teilweises Unterliegen im Prozeß, sondern um das Unterliegen im Hauptverfahren und das Obsiegen im Anordnungsverfahren oder umgekehrt. Damit sei aber nicht ein teilweises Unterliegen und teilweises Obsiegen im Rechtsstreit gegeben, denn die im Anordnungsverfahren getroffenen Entscheidungen seien nicht Teile des Rechtsstreits und würden in keinerlei Abhängigkeit zum Hauptprozeß stehen. Diese Feststellung stehe keineswegs im Widerspruch mit dem Satz, daß das Anordnungsverfahren nur ein Bestandteil des Hauptverfahrens sei. Denn dieser Satz gelte lediglich in verfahrensrechtlicher Hinsicht, in sachlicher Hinsicht aber müsse die Unabhängigkeit der Entscheidungen dieser beiden Verfahren klar erkannt werden.

Diesem Vorbringen ist entgegenzuhalten, daß das Anordnungsverfahren — wie bereits ausgeführt — doch ein Teil des Hauptverfahrens ist, und daß eben insoweit, als eine Partei im Anordnungsverfahren unterliegt oder obsiegt, von einem teilweisen Unterliegen bzw. Obsiegen im Rechtsstreit überhaupt zu sprechen

---

[13] Fechner in JW 38. 2111 und 2709, Staud in DJ 38. 1414, Gaedeke in JW 38. 2312, Jonas VI. 2 zu § 627, LG Düsseldorf in DJ 39. 711, OLG München in DR 39. 1189.

[14] Bergenroth in JW 38. 2708, OLG Dresden in JW 39. 708, Gaedeke in JW 39. 673, Roquette in DR 39. 1121.

ist. Es ist auch nicht richtig, daß lediglich von einer Abhängigkeit in verfahrensrechtlicher Hinsicht die Rede sein kann. Auch in sachlicher Hinsicht ist durchaus das Anordnungsverfahren vom Scheidungsverfahren abhängig. Denn das Parteivorbringen im Scheidungsstreit bildet die Grundlage für die Entscheidung der einstweiligen Anordnung und der Stand im Hauptprozeß ist auch hiefür von Bedeutung. Man denke nur an die Verteilung der Kinder und an die Unterhaltsregelung, wo beispielsweise die Schuldfrage ebenfalls schon wichtig sein kann. Des weiteren haben die einstweiligen Anordnungen teilweise sogar über den Scheidungsprozeß hinaus noch Geltung (§ 627 a ZPO). Und letzten Endes ist es doch vielfach so, daß derjenige Elternteil, der im Hauptverfahren unterliegt, auch Grund und Anlaß für das Anordnungsverfahren gegeben hat. Die von der Gegenansicht vorgetragenen Gründe sind also keineswegs durchschlagend. Man ist ja gar nicht gezwungen, dem im Hauptverfahren Unterliegenden auch die Kosten des Anordnungsverfahrens aufzuerlegen. Vielmehr kann im Rahmen des § 96 ZPO ein durchaus billiger Ausgleich gefunden werden, wobei eine Berechnung nach Quoten gar nicht erforderlich ist. Es ist meines Erachtens sehr gut möglich, daß das Gericht im Endurteil über die Kosten beider Verfahren in der Weise entscheidet — und das muß auch von der gegenteiligen Meinung zugegeben werden —, daß ein gesonderter Ausspruch über die Kostenpflicht des Anordnungsverfahrens neben dem Kostenausspruch für das Hauptverfahren erfolgt. Das Urteil müßte dann etwa dahin lauten, daß die Kosten des Rechtsstreits dem Beklagten, die Kosten der einstweiligen Anordnung der Klägerin auferlegt werden. Von einer unbilligen Entscheidung kann also gar keine Rede sein.

Aus der Einheit des Verfahrens darf jedoch nicht geschlossen werden, daß sich die Bewilligung des Armenrechts in der Ehesache ohne weiteres auch auf die einstweilige Anordnung erstreckt, und daß der für die Ehesache bestellte Armenanwalt auch für alle einstweiligen Anordnungen gestellt ist, die etwa von der Partei während des Scheidungsprozesses nachgesucht werden. Auf Nebenverfahren erstreckt sich das für die Hauptsache bewilligte Armenrecht nicht, da für den Umfang des Armenrechts hinsichtlich der Nebenverfahren der gebührenrechtliche Begriff der Instanz maßgebend ist (§ 119 Abs. 2 Satz 2 ZPO), und gebührenrechtlich ist das Verfahren der einstweiligen Anordnung selbständig. Zudem muß das Gericht auch bei der einstweiligen Anordnung in der Lage sein, vor der Bewilligung des Armenrechts die Aussichten der Rechtsverfolgung und Rechts-

verteidigung zu prüfen,[15] da sich diese keineswegs mit denen des Eheprozesses decken, sondern selbständig beurteilt werden müssen.

V. Soweit eine einstweilige Anordnung nach § 627 ZPO zulässig ist, kann eine einstweilige Verfügung nach §§ 935, 940 ZPO nicht ergehen, da insoweit das Rechtsschutzbedürfnis fehlt. Eine einstweilige Verfügung ist daneben nur noch zulässig, wenn die Voraussetzungen unabhängig von denen des § 627 ZPO gegeben sind, wenn also namentlich eine Anordnung aus den in § 940 ZPO genannten Gründen anläßlich eines konkreten Einzelfalles geboten ist und der Weg des § 627 ZPO entweder nicht offen steht (im Lande Österreich und im Sudetenland) oder nicht die erforderliche Hilfe ermöglicht.[16]

VI. Eine zwischen den Ehegatten bestehende Unterhaltsschuld ist auch die Verpflichtung, zum Unterhalt eines gemeinschaftlichen Kindes einen angemessenen Beitrag zu leisten (§ 79 EheG). Eine Verurteilung zur Beitragsleistung setzt voraus, daß über die Sorge für die Person der Kinder bereits eine Regelung für die Zeit nach Auflösung der Ehe vorliegt. Eine einstweilige Anordnung zugleich mit dem Urteil gemäß § 627 b ZPO über Unterhaltsbeiträge kommt darnach nur in Frage, wenn das Prozeßgericht eine — nach § 627 a ZPO den Zeitpunkt der Rechtskraft des Urteils überdauernde — Anordnung über die Sorge für die Person der Kinder nach § 627 ZPO getroffen hatte. Praktisch wird eine Anordnung nach § 627 b ZPO insoweit allerdings selten sein, da die zumeist mit der Regelung der Personensorge getroffene vorläufige Regelung des Unterhaltsbeitrages über die Beendigung des Eheprozesses hinaus in Wirksamkeit bleibt und darnach für eine weitere Anordnung nach § 627 b ZPO kein Anlaß besteht.[17]

VII. Wie im deutschen Recht ist auch in allen übrigen Staaten das Gericht befugt, bereits während des Scheidungsprozesses bzw. während des Verfahrens auf Trennung der Ehe von Tisch und Bett im Interesse der Kinder vorläufige Maßnahmen zu erlassen. Diese einstweiligen Maßnahmen können sich ebenfalls auf die Personensorge und auch auf den Unterhalt der Kinder beziehen (Ungarn § 102 EheG, Schweiz Art. 145 ZGB, Schweden

---

[15] Fechner in JW 38. 2709, DJ 38. 1883, Jonas VI. 3 zu § 627, Pfundtner-Neubert 21 zu § 627, OLG Jena in JW 39. 570 Nr. 34, OLG Köln in JW 39. 363, OLG Marienwerder in DJ 39. 803, OLG Jena in DJ 39. 970. *A. A.* Gaedeke in JW 38. 2315 und 2712 und 39. 673, KG in JW 39. 171 und 571 Nr. 35.

[16] Jonas VII. zu § 627, Meyer in JW 39. 465.

[17] Jonas II. 2. d zu § 627 b.

§ 20 des Gesetzes über eheliche Kinder). Das österreichische Recht enthält über einstweilige Anordnungen zwar keine ausdrückliche Bestimmung, jedoch ist § 142 ABGB analog anzuwenden.[18] Die einstweiligen Anordnungen gemäß § 627 ZPO sind für das Land Österreich noch nicht zugelassen, da sie nicht in das österreichische Verfahren passen.[19] Im Gegensatz zum deutschen Recht, das hierzu den Antrag eines Ehegatten voraussetzt, kann nach französichem Recht das Gericht diese Anordnung auf Antrag eines der beteiligten Parteien, auf Antrag eines Familienmitgliedes, auf Antrag der Staatsanwaltschaft oder sogar von Amts wegen treffen, sofern sie im Interesse der Kinder notwendig erscheint (Art. 240 C. c.): diese Anordnungen können durch das Gericht auch jederzeit geändert oder ergänzt werden (Art. 238 Abs. 5 C. c.). In Norwegen ist außerdem bestimmt, daß keiner der Eltern ohne Einwilligung des anderen die Kinder mit ins Ausland nehmen darf, bevor der Oberpräsident über die Verteilung der Kinder entschieden hat.[20]

4. Kapitel.

Die Verkehrsbefugnis.

1. Allgemeines und rechtliche Natur.

Regelmäßig erhält in allen Staaten der Ehegatte, dem die Sorge für die Person der Kinder nicht zusteht, die Befugnis, mit den Kindern persönlich zu verkehren: so Deutschland § 82 EheG, Österreich § 142 ABGB, Schweiz Art. 156 Abs. 3 ZGB, Ungarn § 103 EheG, Italien Art. 155 Codice civile, Schweden § 12 des Gesetzes über eheliche Kinder.

Zweck dieser Verkehrsbefugnis ist, dem nicht sorgeberechtigten Elternteil die Möglichkeit zu geben, sich von der Entwicklung und dem Wohlergehen des Kindes laufend zu überzeugen, den auf der Verwandtschaft beruhenden natürlichen Zusammenhang zwischen dem von der Erziehung ausgeschlossenen Elternteil und dem Kinde aufrechtzuerhalten und zu verhindern, daß eine Entfremdung zwischen ihnen eintritt.[1] Die Verkehrsbefugnis ist jedoch im allgemeinen nicht dazu da, den Sorgeberechtigten zu überwachen — was viel Streitigkeiten verursachen würde — oder das Kind zu erziehen; dieses Recht hat allein der Sorge-

[18] Klang I zu § 142.
[19] Fechner in JW 38, 2116.
[20] Boschan S. 150, 151, Crusen S. 703, 710.

[1] Palandt 4 zu § 82, JW 34, 911 Nr. 9.

berechtigte.[2] Nach italienischem (Art. 155 Codice civile)[3] und ungarischem (§ 103 EheG) Recht allerdings ist der verkehrsberechtigte Elternteil gleichfalls berechtigt, die Erziehung des Kindes zu überwachen. Noch weiter geht Frankreich, das bestimmt, daß ganz unabhängig von dem Sorgerecht beide Elternteile das Recht behalten, die Verpflegung und Erziehung ihrer Kinder zu überwachen und sogar verpflichtet sind, im Verhältnis ihrer Fähigkeiten dazu beizutragen (§ 303 C. c.). Beide Ehegatten haben also nach wie vor das Züchtigungsrecht, und dem Ehegatten, dem die Kinder entzogen sind, steht das Recht zu, die Erziehung zu beaufsichtigen. — Bezüglich der rechtlichen Natur des Verkehrsrechts haben sich dreierlei Ansichten gebildet:

1. Nach der einen Ansicht handelt es sich bei dem Verkehrsrecht um ein eigennütziges Elternrecht d. h. ein Recht, das den Eltern zusteht, aber nicht zum Besten des Kindes, sondern zum eigenen Vorteil des Berechtigten. Das Zutrittsrecht ist demnach ein selbständiges, von der elterlichen Gewalt unabhängiges Recht.[4]

Daß diese Ansicht nach den heutigen Grundgedanken keine Geltung mehr beanspruchen kann, liegt klar auf der Hand. Wie die Bestimmungen der §§ 81 und 82 EheG ergeben, steht das Wohl des Kindes im Vordergrund, und im Interesse des Kindes kann das Verkehrsrecht sogar gänzlich ausgeschlossen werden.

2. Eine andere Meinung sieht in dem Verkehrsrecht die natürliche Folge des durch Zeugung und Geburt geschaffenen Verwandtschaftsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern.[5] Aus diesem Charakter des Rechts auf den persönlichen Verkehr mit dem Kinde folge, daß es stärker sei als die Rücksicht auf das Wohl des Kindes, und daraus ergebe sich weiter, daß es niemals gänzlich entzogen werden könne.

Diese Ansicht ist durch §§ 81 und 82 EheG ebenfalls nicht anerkannt worden, da ausdrücklich im Interesse des Kindes die gänzliche Entziehung des Verkehrsrechts für zulässig erklärt worden ist. Ferner spricht dagegen der Wortlaut des Gesetzes, denn § 82 EheG sagt, daß der nicht sorgeberechtigte Ehegatte die Verkehrsbefugnis „behält". Damit wird vielmehr zum Ausdruck gebracht,

3. daß das Verkehrsrecht ein Ausfluß der Personensorge, ein dem verkehrsberechtigten Elternteil verbliebener Rest der elter-

---

[2] *A. A.* Bayr. OLGZ Bd. 15 S. 445.

[3] Boschan S. 115.

[4] Lattermann S. 38, Lizius S. 61, Stölzle S. 46.

[5] Staudinger 4 zu § 1636, Strupp S. 45, 46, Sperling S. 48.

lichen Gewalt ist.[6] Das Recht zum persönlichen Verkehr mit dem Kind haben während der Ehe beide Ehegatten; es steht ihnen zu, weil sie beide das Recht und die Pflicht haben, für die Person des Kindes zu sorgen. Sorgen für die Person des Kindes können sie aber nur, wenn sie berechtigt und verpflichtet sind, mit dem Kinde persönlich zusammen zu sein. Während Bestehen der Ehe ist somit zweifellos der Verkehr mit dem Kinde ein Teil des den Eltern zustehenden Rechts und der Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen. Wenn aber während Bestehen der Ehe das Zutrittsrecht zum Kinde ein Ausfluß der elterlichen Gewalt ist, so kann es nach der Scheidung auch nichts anderes sein. Ferner ergibt sich dies aus § 97 EheG, wo das Verkehrsrecht mit zur Personensorge gerechnet wird und Anordnungen aus § 81 EheG (Sorgerecht) und § 82 EheG (Verkehr) dem Oberbegriff der Sorgerechtsregelung subsumiert werden. Daraus ist neuerdings vor Inkrafttreten des Ehegesetzes auch gefolgert worden, daß das Verkehrsrecht aus zwingenden Gründen ganz entzogen werden kann.[7]

Das Verkehrsrecht besteht neben dem Fürsorgerecht des anderen Teiles und schränkt letzteres ein, soweit dies der Verkehrszweck erfordert. Der Personensorgeberechtigte muß sich den Verkehr des anderen Ehegatten mit dem Kinde gefallen lassen und ist verpflichtet, jede den Verkehr hindernde Handlung zu unterlassen. Er ist aber auch zur Vornahme aller Handlungen verpflichtet, welche zur Durchführung des Verkehrs erforderlich sind, welche der Sorgeberechtigte vorzunehmen in der Lage ist und welche er allein kraft seines Sorgerechts vornehmen kann. Der Personensorgeberechtigte ist aber nicht befugt, den Aufenthalt derart einzurichten, daß dem anderen Teil der persönliche Verkehr mit dem Kind gänzlich oder so gut wie unmöglich gemacht wird. § 82 EheG gibt dem Verkehrsberechtigten sogar einen gegen den Sorgeberechtigten gerichteten privatrechtlichen Anspruch auf Verkehr mit dem Kinde. Andererseits findet die Verkehrsbefugnis ihre Schranke in der Personensorge des Sorgeberechtigten. Der Verkehr darf den Erziehungs- und Beaufsichtigungszweck nicht gefährden. Es ist sogar möglich, daß das Verkehrsrecht als das schwächere Recht dem stärkeren Sorgerecht weichen muß, wenn durch die Ausübung des ersteren das letztere unmöglich gemacht würde.[8]

---

[6] Palandt 2 zu § 82, Rilk II zu § 82, Seibert in DJ 39. 602, RG 141. 320, RG 64, 47, RGRKomm. 1 zu § 1636, Soergel 1 zu § 1636.

[7] Soergel 1 zu § 1636, JW 38. 1334.

[8] RG 141. 320 (Übersiedlung ins Ausland aus wichtigen Gründen).

Eine Verpflichtung zum persönlichen Verkehr wird durch § 82 EheG nicht begründet; das Vormundschaftsgericht kann den Verkehr auch nicht durch Ordnungsstrafen erzwingen.

2. Die Regelung des Verkehrs.

Im allgemeinen bestimmt der Sorgeberechtigte selbst die näheren Einzelheiten des persönlichen Verkehrs. Wenn sich die Ehegatten aber über den Verkehr nicht einigen können, die Art des Verkehrs dem Wohl des Kindes nicht entspricht oder ein Mißbrauch des Verkehrsrechts vorliegt, dann hat das Vormundschaftsgericht bzw. das Prozeßgericht, wenn dieses für die Verteilung der Personensorge zuständig ist, einzugreifen. Soweit die Interessen des Kindes eine Regelung des Verkehrs erfordern, ist nach deutschem Recht das Vormundschaftsgericht nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, von Amts wegen[1] einzuschreiten. Denn auch hier stehen die Interessen des Kindes im Vordergrund, und die Allgemeinheit hat ein Interesse daran, daß alle Vorsorge dafür getroffen wird, die Kinder so zu erziehen, daß sie tüchtige Mitglieder der Volksgemeinschaft werden.

Das Vormundschaftsgericht trifft seine Anordnungen nach freiem pflichtmäßigem Ermessen, wobei stets das Wohl der Kinder als oberste Richtschnur zu gelten hat. Es regelt den Verkehr nach Art, Umfang, Ort und Zeit. Dabei ist namentlich darauf zu achten, daß die Gleichmäßigkeit der Erziehung möglichst wenig beeinträchtigt und das Kind möglichst wenig beunruhigt und dadurch in seiner Entwicklung gehemmt wird oder sonst Schädigungen erleidet. In diesem Rahmen hat es seine Anordnungen so zu treffen, daß es den Wünschen beider Ehegatten möglichst Rechnung tragen kann; hierbei können auch etwaige Härten, die bei der Zuteilung des Sorgerechts oft unvermeidlich sind, gemildert werden. Allzu lange und zu häufige Besuche werden sich verbieten; als Regel ist etwa anzusehen: einmal im Monat auf einige Stunden; bei weiter Entfernung auch einmaliger Ferienbesuch auf etwa 2 Wochen. Als Ort der Zusammenkünfte wird im allgemeinen die Wohnung des Verkehrsberechtigten in Frage kommen, sofern nicht besondere Umstände entgegenstehen. Andernfalls kann der Verkehr auch an einem dritten Ort (Jugendamt, N.S.V.-Heim oder auch ein geeignetes Café) stattfinden; möglichst jedenfalls nicht im Hause des Sorgeberechtigten. Das Wohl des Kindes ist auch dafür maßgebend, ob der Verkehr ohne Zeugen — was die Regel sein soll — oder in Gegenwart eines Dritten vor sich gehen soll. Die Anordnung

[1] Palandt 6 zu § 82, Soergel 2 zu § 1636, RG 63. 238. *A. A.* Scanzoni 18 zu §§ 81/82.

der Anwesenheit Dritter ist zulässig, wenn andernfalls das Kind gefährdet ist, z. B. der Verkehrsberechtigte ist Trinker oder ansteckend krank, oder auch schon, wenn dem Verkehrsberechtigten nach seiner Persönlichkeit und seiner inneren Einstellung dem Kinde gegenüber nicht das Vertrauen entgegengebracht werden kann, daß er ohne Beaufsichtigung den Verkehrszweck wahren würde. Zu diesem Zweck kann also ein Pfleger bestellt werden. Zudem kann auch die Art der Zuführung bestimmt werden; die Gerichte haben schon wiederholt dem Personensorgeberechtigten die Zuführung des Kindes zum Verkehrsbefugten auferlegt.[2] Bei der Regelung des Verkehrs mit Kindern aus geschiedenen Mischehen ist besonders darauf zu achten, daß das Kind vor undeutschen Einflüssen bewahrt bleibt. Sind Geschwister abweichend vom Grundsatz des § 81 Abs. 2 EheG nicht bei demselben Elternteil untergebracht, so ist auch darauf Rücksicht zu nehmen, daß sich die Geschwister sehen können.

Darauf, ob das Kind selbst den anderen Elternteil besuchen will, kommt es nicht ohne weiteres an. Im übrigen hat der Sorgeberechtigte die Pflicht, den Widerstand des Kindes zu brechen und kraft seiner Autorität auf die Besuche hinzuwirken: anders ist es, wenn es sich um ein annähernd erwachsenes Kind handelt, dann wird die Verkehrsregelung bei Weigerung des Kindes aus beachtlichen Gründen untunlich sein und ist, da ohne praktischen Wert, abzulehnen.[3] Anwendung von Gewalt gegen die Tochter (§ 33 Abs. 2 FGG) würde dem Verkehrszweck völlig widerstreiten.

Ist die Sorge für die Person des Kindes gemäß § 81 Abs. 4 EheG einem Pfleger übertragen, so steht beiden Elternteilen die Verkehrsbefugnis zu. Auch in diesem Fall ist das Vormundschaftsgericht zur Regelung des Verkehrs der nicht sorgeberechtigten Ehegatten mit dem Kinde berufen. Denn § 82 EheG spricht ganz allgemein davon, daß das Vormundschaftsgericht zur Regelung des Verkehrs befugt ist, wenn einem Ehegatten die Personensorge nicht zusteht. Auch in diesem Fall erfordert unter Umständen das Wohl des Kindes eine Regelung des Verkehrs; ein Verschulden ist hier nicht erforderlich.[4]

Die Frage, ob der Briefverkehr auch unter den „persönlichen Verkehr" fällt und demnach vom Vormundschaftsgericht geregelt werden kann, hat in Literatur und Rechtsprechung große Meinungsverschiedenheit hervorgerufen. Die

[2] RG 63. 241.
[3] JW 38. 1334.
[4] Pfundtner-Neubert 3 zu § 82. Seibert in DJ 39. 602. *A. A.* Palandt 3 zu § 82.

herrschende Meinung[5] verneint dies und stützt sich dabei hauptsächlich auf den Sprachgebrauch, wonach eben zwischen persönlichem und brieflichem Verkehr unterschieden werde. Unter „persönlichem" Verkehr sei demnach nur ein Zusammentreffen zwecks gegenseitigen Sehens und gegenseitiger Aussprache von Mund zu Mund, von Angesicht zu Angesicht zu verstehen; darunter falle aber keinesfalls der Briefverkehr.[6] Neuerdings wird aber teilweise der Briefverkehr zwischen dem nicht sorgeberechtigten Elternteil und dem Kinde in besonderen Ausnahmefällen gestattet; wenn z. B. der Verkehrsberechtigte durch Krankheit oder große räumliche Entfernung daran gehindert ist, das Kind aufzusuchen, so sei der Briefverkehr die einzige Möglichkeit, die durch Blutsverwandtschaft bestehenden Beziehungen zwischen Kind und nicht sorgeberechtigtem Elternteil aufrechtzuerhalten. Allerdings habe der Verkehrsberechtigte in diesen Fällen kein unter § 81 Abs. 1 EheG fallendes Recht auf brieflichen Verkehr, vielmehr ergebe sich aus dem Erziehungs- und Aufsichtsrecht, daß der Sorgeberechtigte verpflichtet sei, das Erforderliche zu tun, um diese allein mögliche und im Interesse der Kinder liegende Aufrechterhaltung der Beziehungen durchzuführen. Kraft dieses Erziehungs- und Aufsichtsrechts sei aber der Sorgeberechtigte allein befugt, Art und Umfang des brieflichen Verkehrs zu bestimmen. Man folgert daraus weiter, daß das Vormundschaftsgericht nur im Falle schuldhaft mißbräuchlicher Ausübung des Bestimmungsrechts durch den Sorgeberechtigten und darauf beruhender Gefährdung des Kindeswohls (§ 1666 BGB) einzugreifen in der Lage sei.

Meines Erachtens ist der Begriff des „persönlichen" Verkehrs nicht so eng auszulegen; vielmehr ist der Briefverkehr durchaus darunter zu rechnen, wie dies auch in den nordischen Rechten der Fall ist.[7] Es ist auch kein Grund einzusehen, warum der Briefverkehr auf solche Ausnahmefälle beschränkt werden soll. Selbstverständlich wird in der Regel der Briefverkehr auf solche Ausnahmen beschränkt bleiben. In den übrigen Fällen, wo der nicht sorgeberechtigte Elternteil in der Lage ist, mit dem Kinde persönlich zusammenzutreffen, wird in erster Linie davon Gebrauch gemacht werden und es wird insoweit gar kein Bedürfnis bestehen, mit dem Kinde in Briefwechsel zu treten. Zudem stellt der Briefverkehr eine gute Ergänzung des persönlichen Verkehrs dar zur Pflege und Aufrechterhaltung der Familien-

---

[5] Staudinger 2 zu § 1636, RGRKomm. 1 zu § 1636, Soergel 1 zu § 1636, Palandt 5 zu § 82, KG in JW 35, 1879.

[6] RGRKomm. 1 zu § 1636, KG in JW 35, 1879.

[7] Fritze S. 138.

bande. Ganz besonders aber erfordert die Rücksicht auf das Wohl des Kindes, daß das Vormundschaftsgericht die Befugnis hat, auch den Briefverkehr mit dem Kinde zu regeln, ohne daß auf seiten des Verkehrsberechtigten ein Verschulden im Sinne des § 1666 BGB vorzuliegen braucht. Auch hier ist in erster Linie der Sorgeberechtigte befugt, den Briefverkehr zu regeln; können sich aber die Ehegatten nicht einigen, so muß auch hier das Vormundschaftsgericht in der Lage sein, den brieflichen Verkehr näher zu regeln, ohne daß beim Sorgeberechtigten eine schuldhafte mißbräuchliche Ausübung des Bestimmungsrechts vorliegt.[8] Bei der Regelung des Briefverkehrs hat das Vormundschaftsgericht auch die Möglichkeit, eine Kontrolle über den Briefwechsel anzuordnen und hiemit eine unparteiische Stelle zu beauftragen.

Während nach dem früheren § 1636 BGB — nach der herrschenden Lehre[9] wenigstens — eine gänzliche Untersagung des Verkehrs nicht möglich war, ist nunmehr klargestellt, daß das Vormundschaftsgericht den persönlichen Verkehr des nicht sorgeberechtigten Elternteils mit den Kindern für eine bestimmte Zeit oder dauernd ganz ausschließen kann. Zulässig ist eine solche Anordnung aber nur, wenn dies aus besonderen Gründen dem Wohl des Kindes „dient". Die Fassung des Gesetzes schließt sich an Abs. 3 an. Die völlige Untersagung muß eine seltene Ausnahme bleiben und darf nur dann Platz greifen, wenn auch eine starke Beschränkung des Verkehrsrechts dem Wohle des Kindes nicht mehr Rechnung zu tragen imstande ist. Sie wird insbesondere in Betracht kommen bei Scheidung aus den eugenischen Gründen der §§ 30—32 EheG. oder wenn der verkehrsberechtigte Elternteil ohne Rücksicht auf das Kind seine Zusammenkünfte dazu mißbraucht, die Erziehungstätigkeit des anderen Elternteils zu stören oder versucht, das Kind gegen den Sorgeberechtigten aufzuhetzen.

So ist ebenfalls in den meisten Rechtsordnungen zugelassen, daß der Verkehr im Interesse der Kinder zeitweilig oder auch dauernd ganz ausgeschlossen werden kann: so Ungarn § 103 EheG und Österreich § 142 ABGB.[10] Auch in Frankreich[11] hat sich in der Praxis die Befugnis des Gerichts herausgebildet, den Verkehr gänzlich auszuschließen. Schweden (§ 12 des Gesetzes über eheliche Kinder) verlangt, daß „besondere Umstände hierzu

[8] Stölzle S. 45. Pick S. 63. Pfundtner-Neubert 4 zu § 82. Seibert in DJ 39. 602.

[9] Staudinger 1 zu § 1636. RGRKomm. 1 zu § 1636.

[10] Ehrenzweig S. 211 Anm. 23. Rechtsvergl. Handwörterbuch Bd. 4 S. 794 B. 7. *A. A.* Klang IV. 2 zu § 142.

[11] Rechtsvergl. Handwörterbuch S. 794. Wolff, Familienrecht § 87. a. I.

Veranlassung geben". In den nordischen Rechten ist außerdem dem sorgeberechtigten Ehegatten ausdrücklich untersagt, das Kind ohne Zustimmung des Verkehrsberechtigten mit ins Ausland zu nehmen.[12]

Das Vormundschaftsgericht kann seine Anordnungen jederzeit abändern. Es kann bei vorübergehender Entziehung des Verkehrsrechts die Wiederaufnahme des Verkehrs auch an bestimmte Bedingungen knüpfen, z. B. daran, daß ihm die Abkehr des verkehrsberechtigten Ehegatten von seinem unsittlichen Lebenswandel nachgewiesen wird.

3. Vertragliche Abmachungen.

Aus dem Umstand, daß das Verkehrsrecht des § 82 EheG ein Teil des dem nicht sorgeberechtigten Ehegatten verbleibenden Personensorgerechts ist, ergibt sich auch, daß die Verkehrsbefugnis ein höchstpersönliches Recht ist, das nicht übertragbar und auch der Ausübung nach nicht übertragbar ist. Ferner ergibt sich daraus, daß ein Verzicht auf die Verkehrsbefugnis nicht möglich ist, ebensowenig wie ein Elternteil auf die ihm zustehende Sorge für die Person der Kinder verzichten kann. Demgemäß sind auch die Vereinbarungen der Eltern, durch die der Verkehr mit dem Kinde geregelt wird, insoweit nichtig, als sie einen Verzicht auf das Recht des Verkehrs enthalten oder einem solchen Verzicht tatsächlich gleichkommen.[1] Insofern stimmen auch die übrigen Staaten mit der deutschen Regelung überein.

Die vertraglichen Regelungen unter den Eltern können sich vielmehr lediglich auf die Art des Verkehrs erstrecken, soweit diese nicht das Wohl der Kinder gefährden oder die Anordnung des Gerichts bzw. Vormundschaftsgerichts abändern oder in ihrer Wirksamkeit beschränken oder einen Verzicht auf den Verkehr enthalten.[2] Nach österreichischem Recht bedürfen diese Vereinbarungen aber ebenfalls wie die über die Zuteilung der Kinder der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung.[3]

4. Das Verfahren.

Das Verfahren vor dem Vormundschaftsgericht für die Verkehrsregelung richtet sich ebenfalls nach §§ 35 ff. FGG. Die An-

---

[12] Fritze S. 108.

[1] Staudinger 6 zu § 1636, RGRKomm. 1 zu § 1636, Endemann zu RG in JW 23, 2115, Lohmann in Cruch. Bd. 61 S. 38, Pick S. 63, *A. A.* Knitschky S. 139, Strupp S. 48, Lizius S. 63.

[2] Erler S. 153, Pick S. 64, RG in JW 38, 1264.

[3] Klang IV zu § 142, Ehrenzweig S. 211.

hörung der Eltern, des Jugendamtes und weiterer Angehöriger ist hier nicht vorgeschrieben und daher in das Ermessen des Vormundschaftsgerichts gestellt. Die Kosten der vormundschaftsgerichtlichen Entscheidung fallen dem Kind zur Last (§ 88 Abs. 1 Nr. 2 der KO vom 25. 11. 35 in der Fassung des § 48 der 2. DVO). Die Kosten des Verkehrs dagegen fallen in aller Regel — wie in den übrigen Rechtsordnungen — dem verkehrsberechtigten Ehegatten zu, der von seinem Verkehrsrecht Gebrauch macht. Eine Entscheidung über diese Kosten zu treffen, fällt nicht mehr unter die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts, weil dieser Punkt nicht mehr zur Verkehrsregelung gehört: vielmehr entscheidet darüber das Prozeßgericht.

Das Vormundschaftsgericht kann seine Anordnungen durch Androhung von Ordnungsstrafen oder aber durch Anwendung unmittelbaren Zwangs erzwingen (§ 33 FGG): z. B. kann es bei Strafandrohung dem Ehegatten aufgeben, dem Verkehrsberechtigten das Kind zuzuführen oder das Kind zur Abholung bereitzuhalten. Außerdem kann der Verkehrsberechtigte gegen den anderen Ehegatten, wenn sich dieser den Anordnungen des Vormundschaftsgerichts nicht fügt, auf Gestattung des Verkehrs in der vom Vormundschaftsgericht festgesetzten Art und Weise klagen, denn die ausschließliche Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts gilt nur für die Regelung des Verkehrs im Einzelnen. Handelt es sich aber um das Recht als solches, wenn z. B. dem Verkehrsberechtigten das Recht zum Verkehr bestritten oder die Ausübung tatsächlich unmöglich gemacht wird, so ist hierfür nicht nur das Vormundschaftsgericht, sondern auch das Prozeßgericht zuständig, um so dem Verkehrsberechtigten zur Durchführung seines ihm zustehenden Rechts zu verhelfen.[1] Auch hier ist eine vom Vormundschaftsgericht getroffene Anordnung für den Prozeßrichter bindend: die Vollstreckung des Urteils erfolgt ebenfalls entsprechend § 883 ZPO.

5. Kapitel.

Einfluß der Ehescheidung auf den Unterhalt der Kinder.

1. Die Beitragspflicht.

I. Da die Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber den Kindern nicht auf der Ehe, sondern auf der Verwandtschaft beruht, so ergibt sich, daß sie von der Ehescheidung grundsätzlich nicht

[1] Staudinger 3 zu § 1636, Planck 2 zu § 1636, Nöthling S. 57, Saniter S. 50, RG 100, 178 ff. *A. A.* RG 63, 236, RG 69, 94, Lizius S. 63.

berührt wird. Dies gilt auch von der Reihenfolge, in welcher den Vater und die Mutter die Unterhaltsverpflichtung gegenüber den Kindern trifft und zwar im allgemeinen ohne Rücksicht darauf, welchem Elternteil die Erziehung des unterhaltsberechtigten Kindes zusteht.

1. Nach französischem und italienischem Recht, in denen bereits während der Ehe beide Eltern gemeinsam den Unterhalt der Kinder zu tragen haben, also nicht in erster Linie der Vater unterhaltspflichtig ist, verbleibt es auch nach der Ehescheidung bei dieser Regelung. Nach französischem Recht haben also nach wie vor der Scheidung beide Ehegatten nach dem Verhältnis ihrer Mittel zur Verpflegung der Kinder beizutragen (Art. 303, 203 C. c.).[1] Auch in Italien[2] verteilt sich die Unterhaltspflicht auf die beiden Ehegatten nach dem Verhältnis ihres Vermögens. Das italienische Recht enthält in Art. 147 Codice civile die eigenartige Bestimmung: „Die Kinder haben kein Klagerecht gegen Vater und Mutter, um sie zu verhalten, ihnen aus Anlaß der Verehelichung oder aus einem sonstigen Rechtsgrunde etwas anzuweisen."[3] Nach ungarischem Recht ist zwar während Bestehens der Ehe der Vater vor der Mutter den Kindern unterhaltspflichtig, nach der Ehescheidung aber haben beide Elternteile gemeinsam für den Unterhalt der Kinder aufzukommen. Die Höhe der Unterhaltspflicht der beiden Ehegatten richtet sich ebenfalls nach dem Verhältnis des Einkommens, wobei jedoch zunächst das Einkommen des Kindesvermögens in Betracht zu ziehen ist.

Bei dieser Regelung der Unterhaltspflicht richtet sich der Anspruch des Kindes also gegen beide Elternteile, und das Kind ist daher gegen beide auf Unterhalt zu klagen berechtigt. Im französischen Recht besteht hier insofern eine Besonderheit, als die Verpflichtung eines Ehegatten zur Ernährung des Kindes auch dem anderen Ehegatten gegenüber („ensemble") besteht: es kann also die Mutter auch im eigenen Namen gegen den Vater auf Unterhalt für die Kinder klagen.[4]

2. In anderen Rechtsordnungen wiederum ist nach wie vor der Ehescheidung den Kindern gegenüber nur ein Ehegatte und zwar in der Regel der Väter in erster Linie unterhaltspflichtig. Auch nach deutschem Recht bleibt die Unterhaltsregelung durch die Scheidung unberührt, so daß die Vorschriften der §§ 1601 ff. BGB weiterhin Geltung haben; auch die gesetzliche

---

[1] Rechtsvergl. Handwörterbuch S. 794 Ziffer 8, Zachariae Crome S. 146.
[2] Boschan S. 117.
[3] Boschan S. 118.
[4] Heinsheimer zu Art. 203.

Reihenfolge bleibt unverändert, und es haftet der Vater vor der Mutter (§ 1606 Abs. 2 BGB), es sei denn, daß die Nutznießung am Vermögen des Kindes der Mutter zusteht.

In diesen Rechten erfährt im allgemeinen die Unterhaltspflicht nur im Verhältnis der Ehegatten zueinander eine Änderung, denn die Mehrzahl dieser Rechte bestimmt, daß der nicht unterhaltspflichtige Ehegatte dem unterhaltspflichtigen Ehegatten nach der Ehescheidung einen Beitrag zu den Kosten des Unterhalts zu leisten hat. Diese Regelung gilt im deutschen Recht (§ 79 EheG) und ebenso in den nordischen Staaten.[5] Auch im schweizerischen Recht ist dem nicht unterhaltspflichtigen Ehegatten diese Beitragspflicht auferlegt. Denn Art. 156 Abs. 2 ZGB bestimmt, daß derjenige Ehegatte, dem die Kinder entzogen werden, zur Entrichtung eines seinen Verhältnissen entsprechenden Beitrages an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung verpflichtet ist. Daraus ergibt sich aber auch die weitere Änderung, daß die Kosten des Unterhalts und der Erziehung grundsätzlich dem Ehegatten auferlegt werden, dem die Kinder zugewiesen werden.[6]

Diese Beitragspflicht ist nicht ein Forderungsrecht des Kindes, sondern lediglich des unterhaltspflichtigen Ehegatten und hat deshalb nur für das Verhältnis zwischen den Ehegatten Bedeutung. Klagt also beispielsweise die Frau im Namen des Kindes auf Unterhalt, so kann der Mann nicht entgegenhalten, daß die Frau einen Beitrag zu den Kosten des Unterhalts zu leisten habe. Dieser Beitragspflicht liegt folgender Gedanke zugrunde: An sich ist die Unterhaltspflicht eine von beiden Eltern gemeinsam zu tragende Last. Während der Ehe hat der Mann die Nutznießung am eingebrachten Gut der Frau (§ 1363 BGB) und die Arbeitsunterstützung der Frau im Haushalt. Mit der Scheidung fallen diese Einkünfte des Mannes weg. Der nicht unterhaltspflichtigen Frau muß daher ein Beitrag zum Unterhalt der Kinder auferlegt werden. § 1583 BGB, der jetzt durch § 79 EheG ersetzt wurde, kannte eine solche Beitragsverpflichtung zum Unterhalt der Kinder nur für die geschiedene Frau, dagegen war eine Beitragspflicht des Mannes, falls die Frau unterhaltspflichtig war, nicht vorgesehen. Durch § 79 EheG wird nun ausdrücklich bestimmt, daß auch der Mann diesen Beitrag zu leisten hat, wenn die Frau unterhaltspflichtig ist; denn es liegen hier dieselben Gesichtspunkte vor wie im umgekehrten Fall. Da nach § 1606 Abs. 2 Satz 2 BGB der Vater grundsätzlich vor der Mutter haftet, so wird zumeist eine Beitragspflicht der Frau nur in Be-

[5] Boschan S. 38, 151, 250.

[6] Boschan S. 262, Curti-Forrer 10 zu Art. 156.

tracht kommen. Steht jedoch die Nutznießung am Vermögen des Kindes der Mutter zu, so ist diese vor dem Vater unterhaltspflichtig; hier wird dann die Beitragsverpflichtung des Vaters von Bedeutung.

3. Dem österreichischen Recht ist eine Verpflichtung des nicht unterhaltspflichtigen Ehegatten zur Leistung eines Unterhaltsbeitrages an den anderen Ehegatten überhaupt nicht bekannt. Im Gegensatz zu allen übrigen Staaten obliegt hier also die Unterhaltspflicht nach wie vor der Scheidung allein dem Vater (§§ 141 und 143 ABGB). Im § 142 ABGB ist zudem noch ausdrücklich bestimmt, daß nach der Scheidung vom Vater die Kosten der Erziehung zu tragen sind.[7] Auch § 79 EheG ist für das Land Österreich für nicht anwendbar erklärt (§ 107 EheG).

II. Voraussetzung für die Beitragspflicht ist, daß der andere Ehegatte unterhaltspflichtig ist und tatsächlich diesen Unterhalt auch gewährt. Weiter ist der andere Ehegatte nur verpflichtet, aus den Einkünften seines Vermögens und den Erträgnissen seiner Erwerbstätigkeit einen Beitrag zu leisten. Im Gegensatz zu der Bestimmung im § 66 Abs. 1 EheG ist für die Beitragspflicht der Frau nicht die Erwerbstätigkeit maßgebend, „die von ihr nach den Umständen erwartet werden kann", vielmehr ist die tatsächlich ausgeübte Erwerbstätigkeit entscheidend.[8]

Bezüglich der Höhe der Beitragspflicht ist bestimmt, daß ein „angemessener Beitrag zu den Unterhaltskosten" zu leisten ist. Der Umfang richtet sich demnach nach den Umständen des einzelnen Falles und nach objektiven Gesichtspunkten. Es sind also die vorliegenden Verhältnisse jedes Ehegatten wie Beruf, Stellung, wirtschaftliche und soziale Verhältnisse zu berücksichtigen. Da der beitragspflichtige Ehegatte nur aus den Einkünften seines Vermögens und den Erträgnissen seiner Arbeit den Beitrag zu leisten hat, braucht er den Stamm seines Vermögens nicht anzugreifen. Stets aber besteht die Beitragspflicht nur, wenn die Nutzungen am Kindesvermögen zur Bestreitung des Unterhalts nicht ausreichen. Bedürftigkeit auf seiten des Beitragsberechtigten ist nicht erforderlich. Ähnlich bestimmt die Schweiz bezüglich der Höhe, daß der nicht erziehungsberechtigte Ehegatte zur Entrichtung eines seinen Verhältnissen entsprechenden Beitrages an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung verpflichtet ist (Art. 156 Abs. 2 ZGB). In der Regel wird der Zuschuß in einer Geldrente bestehen. Da § 70 EheG aber nicht für anwendbar erklärt ist, kann das Gericht über die Zahlungsweise

---

[7] Ehrenzweig S. 211, Klang III zu § 142.

[8] Pfundtner-Neubert zu § 79, Rilk II zu § 79, Scanzoni 2 zu § 79, Roquette S. 146. *A. A.* Palandt 4 zu § 79.

nach freiem Ermessen entscheiden, und kann daher auch Naturalleistung oder die Übernahme einer besonderen Leistung für die Ausbildung des Kindes festsetzen. Da es sich nicht um eine eigentliche Unterhaltspflicht handelt, ist § 72 EheG auch nicht anwendbar, so daß die Beitragsleistung auch für die Vergangenheit verlangt werden kann.[9] Der Beitragsanspruch ist nicht übertragbar (§ 79 Abs. 1 Satz 2 EheG), demnach auch nicht pfändbar (§ 851 Abs. 1 ZPO) und unterliegt daher auch nicht der Aufrechnung (§ 394 BGB.)

Hat der beitragspflichtige Ehegatte selbst die Sorge für die Person des Kindes, so braucht er den Beitrag nicht an den anderen Ehegatten zu leisten, sondern kann ihn zur eigenen Verwendung für den Unterhalt des Kindes zurückbehalten (§ 79 Abs. 2 EheG). Voraussetzung für dieses Zurückbehaltungsrecht ist nicht mehr wie bisher, daß eine erhebliche Gefährdung des Unterhalts zu besorgen ist, vielmehr kann jetzt dieser Umweg in jedem Fall vermieden werden. Die Einbehaltung des Beitrags darf aber nur zu dem Zweck erfolgen, daß er unmittelbar für die Kinder verwendet wird. § 79 Abs. 2 EheG gilt sowohl für den Regelfall, daß der Mann den Unterhalt leistet und die Frau sorgeberechtigt ist, wie auch für den umgekehrten seteneren Fall.

Während die Regelung des Unterhaltsbeitrages nach deutschem Recht Gegenstand eines besonderen Prozesses zwischen den Ehegatten ist, bestimmen die Rechte der nordischen Staaten und auch Ungarn, daß das Gericht gleichzeitig mit der Scheidung über die Verpflichtung zur Leistung des Unterhaltsbeitrages und über die Höhe desselben zu entscheiden hat.

2. Vertragliche Abmachungen.

Das bisher geltende deutsche Recht enthielt keine besondere Bestimmung über die Gültigkeit oder Nichtigkeit von Verträgen, die die vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehegatten nach der Scheidung regeln. Die Wirksamkeit von Unterhaltsverträgen, die vor der Scheidung für die Zeit nach ihr abgeschlossen wurden, war im Einzelfall meist äußerst zweifelhaft. Insbesondere waren alle Verträge, die eine wesentliche Erleichterung der Scheidung bezweckten, wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig. Das Ehegesetz gibt nunmehr in § 80 eine ausdrückliche Bestimmung und trägt damit dem Bedürfnis Rechnung, eine rechtlich gesicherte Versorgungsmöglichkeit durch Vereinbarung vor der Scheidung zu geben und zieht demgemäß die Grenzen erheblich weiter als die bisherige Rechtsprechung.

[9] Palandt 4 zu § 79.

§ 80 EheG regelt an sich nur Unterhaltsverträge zwischen den Ehegatten im Verhältnis der Ehegatten untereinander. Die Grundgedanken dieser Bestimmung können aber zur ergänzenden Auslegung von sonstigen Unterhaltsvereinbarungen der Ehegatten zugunsten der Kinder herangezogen werden. Vor allem ist daraus zu entnehmen, daß die Ehegatten die Beitragspflicht des § 79 EheG mit rechtlich bindender Wirkung regeln können. Nach der Scheidung abgeschlossene Verträge sind gültig, soweit nicht etwa ihr Inhalt im Einzelfall sittenwidrig ist. Die besondere Bedeutung des § 80 EheG liegt jedoch in der Behandlung der Verträge, die vor der Scheidung für die Zeit nach ihr abgeschlossen werden. Auch diese Vereinbarungen sind demnach grundsätzlich gültig mit 2 Ausnahmen:

Einmal wenn im Zusammenhang mit ihnen ein Scheidungsgrund vereinbart wird, der nicht bestanden hat oder zwar vorhanden war, aber später weggefallen ist, d. h. also wenn die Scheidung durch Täuschung des Gerichts herbeigeführt worden ist,

oder zweitens, wenn die Vereinbarung nach ihrem Inhalt oder nach den Umständen den guten Sitten widerspricht.

Die Tatsache allein, daß das Abkommen die Scheidung erleichtert, beschleunigt oder überhaupt erst ermöglicht, macht die Vereinbarung noch nicht nichtig. Es kommt vielmehr darauf an, ob der andere Ehegatte an sich zur Scheidung geneigt war, sich zu ihr aber nicht entschließen konnte, weil er sich wirtschaftlich nicht gesichert sah und nur insofern sein Widerstand beseitigt wurde; in diesem Fall ist die Abmachung gültig. Mußte aber die Geneigtheit zur Scheidung erst abgekauft werden, dann ist die Vereinbarung nichtig. Wann ein „Widerspruch gegen die guten Sitten" vorliegt, ist im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände zu prüfen. Durch diese Formulierung soll aber nicht gesagt werden, daß es sich hier um einen Sonderfall des § 138 BGB handelt, denn ein Widerspruch gegen die guten Sitten ist zugleich ein Verstoß gegen sie.[1]

Die Ehegatten können unter sich vereinbaren, wie die Art und Weise, die Form, die Zeit und die Bedingungen der Beitragsleistung sein soll. Auf die Leistung des Beitrags kann teilweise oder auch ganz verzichtet werden, da der von dem nicht unterhaltspflichtigen Ehegatten zu leistende Beitrag lediglich eine Unterstützung des unterhaltspflichtigen Ehegatten bezweckt.[2] Eine gerichtliche Bestätigung solcher Verträge ist nicht

---

[1] Pfundtner-Neubert 8 zu § 80, Scanzoni 17 zu § 80. *A. A.* Rilk III zu § 80.

[2] Staudinger 9 zu § 1585, Nöthling S. 87.

erforderlich; sie bedürfen auch keiner besonderen Form. Wird aber eine Rente versprochen, dann ist unter Umständen nach § 761 BGB Schriftform notwendig. Die Beitragspflicht beruht in diesem Fall nicht auf Gesetz, sondern auf Vertrag. Ist aber die Vertragsabrede nichtig, so gilt wieder die im Gesetz vorgesehene Bestimmung. Etwa entstehende Streitigkeiten sind vor dem Prozeßgericht auszutragen.[3]

Nach Vertragsabschluß veränderte Umstände sind, soweit der Vertrag oder seine Auslegung dies nicht überhaupt ausschließen, nur in beschränktem Umfang zu berücksichtigen. Andererseits nimmt der Berechtigte, falls kein derartiger Vorbehalt besteht, auch an einer Vermögensverbesserung des Verpflichteten nicht teil.

Ähnlich wie im deutschen Recht sind auch in der Mehrzahl der anderen Gesetzgebungen vertragliche Abmachungen zwischen den Ehegatten bezüglich des Unterhalts möglich. Nach österreichischem Recht jedoch bedürfen irgendwelche vom Gesetz abweichende Vereinbarungen der Eltern der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. Schweden bestimmt, daß diese Unterhaltsverträge nach gerichtlichem Ermessen außer Kraft gesetzt werden können (§ 18 des Gesetzes über eheliche Kinder); ebenso sind die gerichtlichen Entscheidungen über den Unterhalt abänderlich, sofern dies infolge wesentlich veränderter Verhältnisse erforderlich ist (§ 22 des Gesetzes über eheliche Kinder). Auch nach dänischem Recht kann die Unterhaltsvereinbarung der Eltern für unverbindlich erklärt werden, wenn sie als offenbar unbillig erscheint (§§ 70 –72 des Gesetzes über Eingehung und Auflösung der Ehe vom 30. Juni 1922).

Bezüglich des Unterhalts besteht in den skandinavischen Rechten eine eigentümliche Wechselbeziehung zwischen dem privatrechtlichen Anspruch, der vom Gericht oder der Verwaltungsbehörde oder auch vertraglich festgesetzt wird, und dem öffentlichrechtlichen Anspruch. Zunächst sind beide Eltern verpflichtet, im Notfall die Kinder zu versorgen, ohne Rücksicht auf irgendwelche privatrechtliche Vorschriften oder Abmachungen und ohne Rücksicht auf die Personensorgeregelung. Erst dann, wenn das Kind von seinen Eltern keinen Unterhalt bekommen kann, kommt der öffentlichrechtliche Unterhaltsanspruch in Frage. Dieser öffentlichrechtliche Unterhaltsanspruch ist von der Scheidung oder Trennung gänzlich unabhängig und braucht daher in diesem Zusammenhang nicht weiter erörtert zu werden.

---

[3] Nöthling S. 87, Erler S. 155.

6. Kapitel.

Uebergangsvorschriften.

Die Sorge für die Person der Kinder und das Verkehrsrecht regelt sich bei Ehen, die vor Inkrafttreten des Ehegesetzes, also vor dem 1. 8. 1938, geschieden worden sind, nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 97 EheG grundsätzlich nach den bisherigen Vorschriften. Es bleibt also bei der auf Grund der §§ 1635 und 1636 BGB getroffenen Regelung. Steht demnach die Sorge für die Person der Kinder der Mutter zu, so behält der Vater die Vertretung des Kindes in persönlichen Angelegenheiten. War die Ehe aus beiderseitigem Verschulden geschieden und wird ein Sohn aus dieser Ehe erst nach dem 1. August 1938 sechs Jahre alt, so geht das Sorgerecht automatisch auf den Vater über. Auch eine vom gesetzlichen Normalfall abweichende Regelung ist zunächst nach § 1635 Abs. 1 Satz 2 BGB zu beurteilen. Erst wenn nach diesen Vorschriften eine dem Wohl des Kindes gerecht werdende Entscheidung nicht getroffen werden kann, kann das Vormundschaftsgericht gemäß § 97 Satz 2 EheG nach den Vorschriften des § 81 EheG vorgehen.[1] Wenn es aber das Wohl der Kinder erfordert, kann das Vormundschaftsgericht jederzeit von Amts wegen oder auf Anruf eingreifen. Diese abweichende Regelung kann sich sowohl auf die tatsächliche Personensorge wie auf die Vertretung des Kindes in dessen persönlichen Angelegenheiten beziehen und läßt sehr einschneidende Änderungen im Geiste des neuen Ehegesetzes zu. Die Entscheidung kann sich auf einzelne Maßnahmen beschränken, z. B. bei Sorgeberechtigung der Mutter dieser die Vertretung des Kindes in personenrechtlichen Angelegenheiten übertragen. Sie kann auch bisher getrennt untergebrachte Kinder nach § 81 Abs. 2 EheG bei einem Ehegatten vereinigen oder das Sorgerecht nach Abs. 4 einem Pfleger übertragen. In Fragen der Verkehrsregelung kann das Vormundschaftsgericht das Verkehrsrecht auch ganz ausschließen. Der Vormundschaftsrichter ist nicht unmittelbar an die §§ 81 und 82 EheG gebunden, wie sich aus den Worten „im Sinne" ergibt. Er braucht vielmehr diese Bestimmungen lediglich zur Richtlinie zu nehmen und kann nach freiem pflichtgemäßem Ermessen so entscheiden, wie es nach Lage des einzelnen Falles und nach der Lebenserfahrung des Richters das Wohl des Kindes „erfordert". Diese Bestimmung ist getroffen, um Härten zu vermeiden, die sich aus einer unmittelbaren Anwendung des neuen Rechts ergeben könnten. Die Anforderungen

[1] KG in DRW 39. 577, Seibert in DJ 39. 602.

des § 97 Satz 2 EheG sind weniger streng als die des § 1633 Abs. 1 Satz 2 BGB. Hat das Vormundschaftsgericht schon einmal den § 97 Satz 2 EheG angewandt, so richtet sich das weitere Verfahren ausschließlich nach § 81 Abs. 3 EheG.

Bezüglich der Unterhaltspflicht bestimmt § 96 EheG, daß sich diese für die Zukunft nach den Vorschriften des Ehegesetzes regelt. Dazu gehört auch die Beitragspflicht nach § 79 EheG.[2] § 96 EheG spricht nämlich nicht bloß von der Unterhaltspflicht der Ehegatten untereinander, sondern von der gesetzlichen Unterhaltspflicht überhaupt, und die gesetzliche Beitragspflicht zum Unterhalt des Kindes wird vom Gesetzgeber zur „gesetzlichen Unterhaltspflicht der Ehegatten" gerechnet. Eine vertraglich gültige und rechtswirksam vereinbarte Unterhaltspflicht bleibt daher bestehen.

Für die Kinder aus einer vor dem 1. August 1938 mit Erfolg angefochtenen oder wegen eines Nichtigkeitsgrundes für nichtig erklärten Ehe (§§ 1343, 1329 BGB), gilt ebenfalls weiterhin die Regelung der Personensorge nach den §§ 1633, 1636, 1700—1702, 1704 BGB, sofern das Kind nach bisherigem Recht als ehelich gilt (§ 89 EheG). Bei Auflösung der Ehe nach § 1348 Abs. 2 BGB bleibt es bei der Vorschrift des § 1637 BGB.

7. Kapitel.

Internationales Privatrecht.

Es ist hier die Frage zu behandeln, nach welchem Recht sich die Beziehungen der Eltern zu den Kindern gestalten, wenn Ausländer in Deutschland oder umgekehrt Deutsche im Ausland geschieden werden.

Art. 19 EGBGB bestimmt, daß sich das Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und einem ehelichen Kind nach den deutschen Gesetzen beurteilt, wenn der Vater bzw. nach seinem Tode die Mutter die Reichsangehörigkeit besitzt. Das gleiche gilt, wenn die Reichsangehörigkeit des Vaters oder der Mutter erloschen, die des Kindes aber bestehen geblieben ist. Nach Art. 17 Abs. 1 EGBGB sind für die Scheidung der Ehe die Gesetze des Staates maßgebend, dem der Ehemann zur Zeit der Klageerhebung angehört.

Es fragt sich also, ob die Wirkung der Scheidung auf das Rechtsverhältnis der Eltern zu den Kindern sich als eine Nebenwirkung der Scheidung darstellt und deshalb Art. 17 (das sog. Scheidungsstatut) Anwendung findet oder ob Art. 19 (das sog.

[2] Scanzoni 2 zu § 96. *A. A.* Massfeller 1 zu § 96.

Kindschaftsstatut) weiterhin Platz greift. In den meisten Fällen führt allerdings die Anwendung beider Kollisionsnormen zu demselben Ergebnis. Die Frage wird aber dann von Bedeutung, wenn die Anwendung des Art. 17 ein anderes Ergebnis zeitigt als die Anwendung des Art. 19. So würde bei Anwendung des Art. 17 das Scheidungsstatut dauernd die Einwirkung auf das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern beherrschen, während bei Anwendung des Art. 19 ein Wechsel der Staatsangehörigkeit des Vaters auch den Wechsel der maßgebenden Rechtsordnung nach sich ziehen müßte. — Im Anschluß hieran hat sich ein lebhafter Meinungsstreit entsponnen. Die eine Gruppe [1] ist der Ansicht, daß allein das Kindschaftsstatut des Art. 19 Anwendung zu finden hat. Die andere Gruppe [2] dagegen unterscheidet bei den Beziehungen zu den gemeinschaftlichen Kindern, ob es sich um Rechte der geschiedenen Ehegatten an der Person des Kindes im Verhältnis der Ehegatten zueinander handelt, oder um Rechte der Eltern gegenüber dem Kinde; für die ersteren, worunter auch die Verteilung der Personensorge falle, sei das Scheidungsstatut des Art. 17 maßgebend, für die letzteren dagegen sei Art. 19 bestimmend.

Der ersteren Ansicht ist meines Erachtens der Vorzug zu geben. Hiefür spricht schon die Systematik des Gesetzes. Die Bestimmungen über „die rechtliche Stellung der ehelichen Kinder" umfassen die §§ 1616—1698 BGB; dazu gehören aber auch die Beziehungen der Eltern zu ihren Kindern nach der Scheidung der Ehe, wie sie nunmehr an Stelle der bisherigen §§ 1633 und 1636 BGB in den §§ 81 und 82 EheG geregelt sind. Auch räumt die gegenteilige Ansicht selbst ein, daß bezüglich des Verkehrsrechts und auch hinsichtlich der Vertretung des Kindes das Kindschaftstatut zu gelten habe, also nur bezüglich des Sorgerechts soll anderes Recht gelten. Es ist hiefür kein Grund einzusehen. Es gibt keine Gestaltung der Elternrechte, die nicht auch das Kind betreffen; insofern ist eine derartige Aufteilung ein Unding und würde auch zu praktischen Schwierigkeiten führen. Zudem bedeutet die Vorschrift des 81 EheG nicht eine Regelung des Sorgerechts nur im Verhältnis der Eltern zueinander, denn nach § 81 EheG ist einzig und allein das Wohl der Kinder und nicht ein Recht der Eltern entscheidend, und ferner ist auch die Möglichkeit gegeben, unter Ausschluß beider Ehegatten einen Pfleger mit dem Sorgerecht zu betrauen. Insbesondere aber sind

---

[1] Staudinger C. II. 1 zu Art. 19, Planck 2 zu Art. 17, Zitelmann S. 767, Pick S. 75, Frankenstein S. 59, 60, JW 35, 831, Massfeller S. 368.

[2] Habicht IX. 3 zu Art. 17, Lewald S. 120, 137, Niemeyer S. 157, Palandt 5 zu Art. 17.

es rechtspolitische Erwägungen, die für die hier vertretene Ansicht sprechen. Es wäre gegen alle Logik und würde auch dem Sinn und Zweck des Art. 19 Satz 2 widersprechen, wenn deutsches Recht nur bei bestehender Ehe in Frage käme, bei der Scheidung aber plötzlich das bis dahin allein maßgebende Kindschaftsstatut auszuschalten wäre, um dem Scheidungsstatut einen Einfluß zu geben, den das Ehestatut nie gehabt hat. Zu ebenso unsinnigen Folgerungen würde folgender Fall führen: Erwirbt der Vater erst nach der Scheidung der Ehe die Reichsangehörigkeit, so bewirkt er damit, daß das Rechtsverhältnis den deutschen Gesetzen unterworfen wird.[3] Bei Anwendung des Art. 17 würde nun lediglich hinsichtlich des Sorgerechts das ausländische Recht maßgebend bleiben, während für die übrige Gestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern deutsches Recht bestimmend wäre. Die Scheidung ist doch nur der äußere Anlaß zu der Neugestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern. Es ist aber nicht einzusehen, weshalb die Neugestaltung plötzlich einem anderen Statut überlassen werden soll als dem, der bisher das Rechtsverhältnis beherrschte. Nachdem zudem der heutige Staat ein besonderes Interesse an der Erziehung der Jugend hat, und daher die Verteilung der Kinder weitgehend dem Ermessen des Vormundschaftsgerichts übertragen hat, um dem Wohle des Kindes entsprechend zu entscheiden, so geht es nicht an, daß das deutsche Prinzip der ausländischen Regelung weichen muß. Es ist demnach davon auszugehen, daß für das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern auch nach der Scheidung das Kindschaftsstatut des Art. 19 EGBGB maßgebend ist. Dies gilt sowohl hinsichtlich der ersten Neuregelung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern nach der Scheidung, als auch bezüglich des Verkehrsrechts, als auch bezüglich späterer Regelungen wegen veränderter Umstände. Mithin wird das Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und dem Kinde nach den Gesetzen des Staates beurteilt, dem der Vater und falls dieser gestorben ist, die Mutter angehört. Nach dem Heimatrecht des Vaters – gleichgültig ob er die elterliche Gewalt hat oder nicht und ob ihm die Kinder zugeteilt sind –, bestimmen sich auch dessen Vertretungsmacht, seine Rechte am Kindesvermögen und die gegenseitige Unterhaltspflicht.[4] Das Heimatrecht der Mutter entscheidet erst nach dem Tode des Vaters, während es auf das Heimatrecht des Kindes grundsätzlich nicht ankommt. Ausnahmsweise ist das Heimatrecht des Kindes maßgebend, wenn es die deutsche Staats-

[3] Habicht III. 3 zu Art. 19.

[4] Nußbaum S. 169. Habicht III zu Art. 19, Palandt 2 und 3 zu Art. 19.

angehörigkeit behalten hat, Vater bzw. Mutter sie früher gehabt, sie jetzt aber nicht mehr haben.

I. Werden also Deutsche im Ausland geschieden, so ist für das Rechtsverhältnis der geschiedenen Ehegatten zu den Kindern — vorausgesetzt allerdings, daß das ausländische Urteil überhaupt anerkannt wird — ausschließlich deutsches Recht, also auch §§ 81 und 82 EheG maßgebend.[5]

Auch in dem Falle, daß das ausländische Urteil zugleich eine ausdrückliche Bestimmung über die Zuteilung der Kinder trifft (z. B. Schweden, Dänemark, Schweiz oder Frankreich), ist deutsches Recht anzuwenden, und insoweit kann eben das ausländische Urteil nicht anerkannt werden. Denn § 81 EheG ist für die Erziehung der Kinder eine so bedeutsame Vorschrift, daß auf sie nicht verzichtet werden kann. Die Tatsache, daß das ausländische Urteil keinen Schuldausspruch enthält, verursacht keine Schwierigkeiten mehr, da das Verschuldensprinzip für die Verteilung der Kinder nicht mehr bestimmend ist. Es hat dann das Vormundschaftsgericht nach freiem Ermessen die dem Wohl des Kindes entsprechende Entscheidung zu treffen.

II. Für die Scheidung ausländischer Ehegatten in Deutschland ist gemäß Art. 17 Abs. 1 EGBGB das Heimatrecht des Mannes maßgebend. Wie sich aus Art. 19 ergibt, gilt auch hinsichtlich der Wirkung der Scheidung im Bezug auf die Kinder grundsätzlich das Heimatrecht des Vaters. Art. 19 bestimmt lediglich, daß deutsches Recht gilt, wenn der Vater oder nach dessen Tod die Mutter die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt oder wenn die Staatsangehörigkeit des Vaters oder der Mutter erloschen, die des Kindes aber bestehen geblieben ist. Daraus ergibt sich aber umgekehrt, daß in allen anderen Fällen das ausländische Recht anzuwenden ist.[6] Darnach ist auch für die Frage, welchem Elternteil nach der Scheidung die Kinder zuzusprechen sind, grundsätzlich ausländisches Recht maßgebend.[7] Führt jedoch die Anwendung des ausländischen Rechts im Einzelfall aus irgendeinem Grunde zu einem Ergebnis, der unser Rechtsgefühl verletzt, so ist es möglich, im Rahmen der §§ 81 und 82 EheG einzuschreiten und eine dem Wohl des Kindes entsprechende Anordnung zu treffen. Dies ergibt sich aus dem Zweck des § 81 EheG in Verbindung mit der Vorbehaltsklausel (ordre public) des Art. 30 EGBGB.[8]

---

[5] Staudinger C. II. 1. a zu Art. 19, Pick S. 76.

[6] Zitelmann S. 894, Pick S. 76.

[7] Staudinger II zu Art. 19, Palandt 5 zu Art. 19, Lewald S. 138, JW 35. 831. *A. A.* Nußbaum S. 158.

[8] Niemeyer S. 157, Nußbaum S. 171, Soergel 2 zu Art. 19, Palandt 5 zu Art. 19.

Da wo Rückverweisung stattfindet (z. B. in Dänemark [9] und Norwegen [10] gilt Domizilprinzip), wird dies in aller Regel nicht nur bezüglich der Scheidung, sondern auch bezüglich des Kindschaftsverhältnisses gelten, so daß auch in diesem Fall keine Schwierigkeiten entstehen. Wenn auch Art. 19 in Art. 27 EGBGB nicht genannt ist, so wird dies doch ohne Bedenken anzunehmen sein, da Art. 27 einen allgemeinen Grundsatz ausspricht. [11]

Diese Anordnung über die Verteilung der Kinder hat jeweils das Vormundschaftsgericht zu treffen. Auch wenn nach dem anzuwendenden Heimatrecht das Gericht gleichzeitig über die Verteilung der Kinder zu entscheiden hat, so ist hiefür das Vormundschaftsgericht und keinesfalls das inländische Prozeßgericht, welches die Ehe der Ausländer scheidet, zuständig. Denn nach deutschem Recht ist für die Entscheidung, wem die Kinder zuzusprechen sind, nicht das Prozeßgericht, sondern das Vormundschaftsgericht zuständig. Dies gilt auch dann, wenn in der Sache selbst ausländisches Recht maßgebend ist. Als Frage der Organisation der deutschen Rechtspflege unterliegt die Grenzziehung zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit und die Verteilung der Zuständigkeit ausschließlich dem deutschen Recht. [12] Das Vormundschaftsgericht und nicht das Prozeßgericht hat auch zu entscheiden, wenn infolge veränderter Verhältnisse Änderungen notwendig sind oder wenn es sich um die Regelung des Verkehrs handelt. Voraussetzung ist lediglich örtliche Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts, also Wohnsitz oder Aufenthalt des Kindes in Deutschland (§ 43 FGG). Dagegen müssen die Voraussetzungen des Art. 23 Abs. 2 EGBGB nicht gegeben sein, da es sich hier nicht um eine Vormundschaft im technischen Sinne handelt.

III. Dem Staatsangehörigkeitsprinzip wie das deutsche Recht folgen in Bezug auf das Rechtsverhältnis der Eltern zu den Kindern die meisten übrigen Staaten: so Frankreich, Belgien, Ungarn, Schweden. Auch in Italien beurteilen sich nach Art. 6 der Eingangsbestimmungen des Codice civile die Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern und somit auch die Unterhaltspflicht der Eltern nach dem Heimatrecht des sorgeberechtigten Elternteils [13], dagegen bestimmt sich die Vermögensverwaltung nach dem Recht des Minderjährigen. [14]

---

[9] Crusen S. 744.
[10] Boschan S. 151.
[11] RG 62. 400.
[12] Nußbaum S. 158, Frankenstein S. 65, Lewald S. 138, Staudinger C. II. 1. b zu Art. 19, Palandt 5 zu Art. 19.
[13] Boschan S. 117, Bergmann S. 315.
[14] Boschan S. 118.

Das Domizilprinzip dagegen gilt in Dänemark und Norwegen. Auch die Schweiz folgt diesem Prinzip, wenn es sich um Ausländer handelt, die in der Schweiz wohnhaft sind, wobei es auf den Wohnsitz des Gewalthabers, nicht des Kindes ankommt. Dagegen gilt das Staatsangehörigkeitsprinzip hinsichtlich der im Ausland lebenden Schweizer. [15]

Die vorliegende Arbeit wurde im Juli 1939 abgeschlossen.

---

[15] Staudinger H zu Art. 19, Boschan S. 262.

Lebenslauf.

Am 13. März 1914 wurde ich als Sohn des Oberlehrers Max Joos und seiner Ehefrau Theresia geb. Dangelmaier in Wernau Kr. Eßlingen geboren; ich bin deutscher Staatsangehöriger. Zwei Jahre besuchte ich die Volksschule, kam darnach in die Vorklasse des Gymnasiums in Eßlingen a. N. und absolvierte daselbst die humanistische Abteilung. Nach bestandener Reifeprüfung im Frühjahr 1932 studierte ich an der Universität in Tübingen 5 Semester und in München 2 Semester die Rechte. Die erste juristische Staatsprüfung bestand ich am 6. Juni 1936 vor dem Justizprüfungsamt Stuttgart. Seit 1. August 1936 bin ich im Landgerichtsbezirk Stuttgart als Gerichtsreferendar tätig. Vom Herbst 1936 bis 1938 erfüllte ich meine Wehrdienstpflicht. Seit Ende August 1939 bin ich an der Westfront eingesetzt.